

**ПАНДЕКТЕ ИЛИ ДАНАШЊЕ РИМСКО ПРАВО. КЊИГА ТРЕЋА – ОБЛИГАЦИОНО И
ЗАЛОЖНО ПРАВО, 1895.**

Садржај

Глава прва. О тражбинама у опште

I. Природа и садржина тражбина

A. Појам. §. 201.

B. Предмет. 1) општи услови. §. 202. 2) опредељеност предмета. §. 203. 3) деливост предмета. §. 204. 4) предмети облигација особите природе. а) плаћање у новцу. §. 205. б) накнада штете. §. 206. с) плаћање интереса. §. 207...210. д) плаћање казне. §. 211.

C. Субјекти облигације §. 212...216.

D. Туживост облигације. §. 217.

II. Вршење облигација. §. 218.

A. О испуњењу. 1) предмет његов. §. 219. 2) време испуњења. §. 220. 3) место испуњења. §. 221. 4) намене у испуњењу. а) у погледу предмета. §. 222. б) у погледу времена. а) изнуђеним почеком. §. 223. β) уступањем имања. §. 224. γ) услед прав. добочинства животне потребе. (Rechts-wohlthat des Notbedarfs). §. 225.

B. О сукобу у вршењу више тражбина. §. 226...228.

III. Постанак облигација (тражбина). §. 229.

A. Правни послови§. 230. 1) уговори а) закључивање облигаторних (тражбених) уговора. α) изјава воље. §. 231. β) форма уговора. §. 232. б) садржина облигаторних уговора. §. 233...236. с) недостатак воље код уговора. §. 237...239. д) појачање уговора. §. 240. 2) обетовање (pollicitatio). §. 241. 3) токоршњи уговори (Quasicontracte). §. 242.

B. Недозвољена дела. §. 243.

C. Извесна стања. §. 244.

D. Заступање при постајању облигација. §. 245. 1) стицање тражбина преко других лица. §. 246. 2) обвезивање преко заступника. а) преко подвласних лица. §. 247. б) преко слободних заступника (freie Stellvertreter). §. 248.

IV. Мењање постојећих облигација. 1) договором. §. 249. 2) повредом. а) кривицом обвезаног. dolus (злонамер) и culpa (немар). §. 250. б) доцњом. тога §. 251. с) услед порицања или хотимичног неиспуњења. §. 252. 3) услед случаја. §. 253.

V. Пренашање облигација. Уступање (цесија). §. 254.

A. Услови цесије. §. 255.

B. Дејство цесије. §. 256. §. 257.

C. Ограничења при цесији. 1) у погледу умесности. §. 258. 2 у погледу дејства. §. 259.

VI. Престанак облигација. §. 260.

A. Испуњењем. Плаћањем. §. 261...263

B. Пребијањем дуга за дуг. Компензацијом. §. 264...266

C. Уговором. 1) у опште ослобађајући уговор. §. 267. 2) условно ослобађајући уговори. а) пренов (новација). §. 268. б) поравнање. §. 269. с) компромис. §. 270.

D. Спором. §. 271.

E. Условом и роком. §. 272.

F. Отпадањем субјекта облигације. §. 273.

G. Отпадањем садржине облигације. 1) услед немогућности испуњења. а) у опште. §. 274. б) посебице код двостраних облигација §. 275. 2) услед других околности. §. 276.

Н. Кривицом повериоца и застарелошћу. §. 277.

Глава друга. О појединим облигационим односима. §. 278.

I. Облигације из уговора и сличних односа

A. Једнострane облигације. 1) обећање поклона §. 279. 2) зајам. а) појам и дејство. §. 280. б) доказ зајма. §. 281. с) ограничење давања зајма. §. 282. д) зајам са интересом. §. 283. 3) облигације на враћање определених ствари. а) послуга. *commodatum*. §. 284. б) уговор оставе. *depositum*. а) редовна остава. §. 285. б) нередовна остава. §. 286. γ) полагање у треће руке, секвестрација. §. 287. с) уговор залоге. §. 288. д) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. §. 289. е) уговор уновчавања (*Trodelvertrag*). §. 290. 4) облигације из отправке послова. а) овлашћење (позив). *mandatum*. а) његова природа. §. 291. б) обвезе мандатара. §. 292. γ) обвезе манданта. §. 293. ε) особите врсте мандата. §. 295. б) отправљање послова на основу јав. овлашћења. *cura bonorum* с) отправљање (свршавање) послова без овлашћења. *negotiorum gestio*. §. 297...299.

B. Битно двострани облигаторни односи. 1) уговор куповине. а) претпоставке. а) појам и предмет. §. 300. β) закључивање уговора. §. 301. б) дејство уговора куповине. а) код куповине ствари. аа) у опште. §. 302. bb) обвеза због губитка државине (*Entwährung*). §. 303. cc) одговорност за недостатке ствари. §. 304. β) код других предмета куповине. §. 305. с) споредни уговори при куповини. §. 306. д) престанак уговора куповине. §. 307. 2) уговор промене. §. 308. 3) уговори најма. §. 309. а) *locatio conductio rerum*. а) претпоставке. §. 310. β) дејства. аа) обвезе изнајмиоца. §. 311. bb) обвезе најмиоца. §. 312. γ) престанак најамног односа. §. 313. б) *locatio conductio operarum*. Уговор послуге (службе) у ужем смислу. §. 314. с) *locatio conduction operis*. Уговор израде, израђевине (*Verdingungsvertrag*). а) појам и дејства у опште. §. 315. β) посебице о *lex Rhodia de iactu*. §. 316. 4) ортаклук. а) појам и постанак ортаклука. §. 317. б) дејства уговора ортаклука. §. 318. с) престанак ортаклука. §. 319. 5) смесништво (*Gemeinschaft*). §. 320. 6) разграничување. §. 321.

II. Облигације из недозвољених дела и сличних случајева. §. 322.

A. Крађа. §. 323.

B. Оштета. 1) обвеза давања оштете по *lex-y Aquilia*. §. 324. 2) нарочити случаји. §. 325. 3) одговорност за оштету нанету другим лицима. §. 326. 4) оштета нанета животињама. §. 327. 5) оштета другим стварима. *cautio damni infecti*. §. 328.

C. Противправно кварење постојећих стања. 1) *interdictum quod vi aut clam*. §. 329. 2) *operis novi nuntiatio*. §. 330. 3) *aquae pluviae arcendae actio*. §. 331. 4) интердикти за заштиту у употреби јавних ствари. §. 332.

D. Сила и претња. §. 333.

E. Злонамер и превара. 1) doli actio. §. 334. 2) злонамерно спречавање у тражењу правне помоћи. §. 335. 3) calumnia. §. 336. 4) actio servi corrupti. §. 337.

F. Повреда особитих позитивних дужности. §. 338.

G. Увреда личности. iniuria. §. 339.

III. Остали мешовити случајеви облигација

A. Тужбе које су управљене на повраћај неосноване добити. §. 340. 1) condicatio indebiti. §. 341. 2) condicatio causa data causa non secuta. §. 342. 3) condicatio ob turpem causam. §. 343. 4) condicatio ob in iustum causam. §. 344. 5) condicatio sine causa. §. 345.

B. Actio ad exhibendum. §. 346.

C. Тужбе којима се тражи дозвола однашања ствари. §. 347.

D. Обвеза издржавања каквог лица. §. 348.

Глава трећа. О осигурању тражбина јемством

I. Појам јемства. §. 349.

II. Облици јемства

A. По римском праву. 1) fideiussio. §. 350. 2) тзв. constitutum debiti alieni. §. 351. 3) тзв. mandatum qualificatum или кредитни налог (позив) (Credit auftrag). §. 352.

B. По данашњем праву. §. 353.

III. Дејства јемства.

A. Одговорност јемца у опште. §. 354.

B. Заштитна срества јемца §. 355.

C. Право регреса према главном дужнику. §. 356.

IV. Престанак обвезе јемца. §. 357.

V. Ограничења јемства. §. 358.

A. Sentusconsultum Vellejanum §. 359...361

B. Особита форма за интерцесију жена. §. 362.

C. Ограничење за интерцесију удатих жена. §. 363.

Глава четврта. О осигурању тражбина заложним правом

I. Природа заложног права у опште.

A. Појам. §. 364.

B. Врсте заложног права. §. 365.

C. Претпоставке заложног права. 1) тражбина. §. 366. 2) предмет за залагање. §. 367.

D. Обим заложног права. 1) у погледу предмета. §. 368. 2) у погледу тражбине. §. 369.

II. Стицање заложног права. §. 370.

A. Постанак заложног права. 1) по приватној одредби. §. 371. 2) по судском наређењу. §. 372. 3) по закону

B. Пренашање заложног права. §. 374.

III. Права заложних поверилаца.

A. Кад нема више заложних права. 1) код залагања ствари. а) право продаје. §. 375. б) право теслима. §. 376. с) право задржавања залоге (ретенције) због других тражбина. §. 377. д) тужбе. а) стварна заложна тужба. §. 378. б) Interdictum Salvianum. §. 379. г) друга заштитна средства заложног повериоца. §. 380. е) користовање са залогом. §. 381. 2) код залагања других предмета. §. 382.

B. Кад има стицаја заложних права. §. 383. 1) одређивање првенства (приоритета). а) по добу постанка заложних права. §. 384. б) према нарочито датом повлашћењу. а) привилегована заложна права. §. 385. б) повлашћеност јавних заложних права. §. 386. 2) право претходећег заложног повериоца. §. 387. 2) право следећег заложног повериоца. §. 388.

IV. Престанак заложног права

A. Са основа опште природе. §. 389. 390.

B. Са особитих заложно-правних основа. 1) измирење заложне тражбине. §. 391. 2) продаја залоге. §. 392.

34/730

ЛБр. 129

ПАНДЕКТЕ

ИЛИ

ДАНАШЊЕ РИМСКО ПРАВО

УЧБЕНИК

од

Л. АРНТСА РИТЕРА од АРНЕСБЕРГА

ПО СМРТИ ПИШЧЕВОЈ ПРЕРАЂИВАЛИ

Д-Р Л. ПФАФ и Д-Р. Ф. ХОФМАН

ПРОФЕСОРИ ПРАВА У БЕЧУ

С ТРИНАЈЕСТОГ, ПРЕГЛЕДАНОГ И УМНОЖЕНОГ ИЗДАЊА

ПРЕВЕО

Д-Р ДРАГИША Ђ. МИЈУШКОВИЋ

ПРОФЕСОР ПРАВА НА ВЕЛИКОЈ ШКОДИ

КЊИГА ТРЕТА. — ОБЛИГАЦИОНО И ЗАЛОЖНО ПРАВО.

БЕОГРАД

ИЗДАЊЕ И ШТАМПА КРАЉЕВСКО СРПСКЕ ДРЖАВНЕ ШТАМПАРИЈЕ

1895

САДРЖАЈ



ИМБ. бр.

730

КЊИГА ТРЕЋА

О ТРАЖБИНАМА (ОБЛИГАЦИЈАМА)

Глава прва. О тражбинама у опште.

	СТРАНА
I. Природа и садржина тражбина.	
A. Појам. §. 201.	493
B. Предмет. 1) општи услови. §. 202. 2) опредеље- ност предмета. §. 203. 3) дељивост предмета. §. 204. 4) предмети облигација особите природе. a) плаћање у новцу. §. 205. b) накнада штете. §. 206. c) плаћање интереса. §. 207 . . . 210. d) плаћање казне. §. 211.	495
C. Субјекти облигације §. 212 . . . 216.	528
D. Туживост облигације. §. 217.	550
II. Вршење облигација §. 218.	559
A. О испуњењу. 1) предмет његов §. 219. 2) време испуњења. §. 220. 3) место испуњења. §. 221. 4) измене у испуњењу. a) у погледу предмета §. 222. b) у погледу времена. α) изнуђеним по- чеком. §. 223. β) уступањем имања. §. 224. γ) услед прав. добочинства животне потребе (Rechts- wohlthat des Notbedarfs). §. 225.	560
B. О сукобу у вршењу више тражбина. §. 226 . . . 228.	575
III. Постанак облигација (тражбина). §. 229.	592
A. Правни послови. §. 230. 1) уговори а) закључива- ње облигаторних (тражбених) уговора α) изјава воле §. 231. β) форма уговора. §. 232. b) садр- жина облигаторних уговора. §. 233 . . . 236. c) недостатак воле код уговора. §. 237 . . . 239. d) појачање уговора. §. 240. 2) обетовање (pollici-	

*

СТРАНА

tatio). §. 241. 3) токоршњи уговори (Quasicontracte). §. 242.	593
B. Недозвољена дела. §. 243.	632
C. Извесна стања. §. 244.	633
D. Заступање при постајању облигација. §. 245.	
1) стицање тражбина преко других лица. §. 246.	
2) обвезивање преко заступника. а) преко подвлачних лица. §. 247. б) преко слободних заступника (freie Stellvertreter). §. 248.	634
IV. Мењање постојећих облигација 1) договором. §. 249. 2) повредом. а) кривицом обвезаног. dolus (злонамер) и сиџра (немар). §. 250. б) доцњом. тога §. 251. с) услед порицања или хотимичног неиспуњења §. 252. 3) услед случаја §. 253.	646
V. Пренашање облигација. Уступање (цесија). §. 254.	668
A. Услови цесије. §. 255	674
B. Дејство цесије §. 256. §. 257.	677
C. Ограничења при цесији. 1) у погледу умесности. §. 258. 2) у погледу дејства. §. 259.	685
VI. Престанак облигација. §. 260.	685
A. Испуњењем. Плаћањем. §. 261.. 263.	690
B. Пребијањем дуга за дуг. Компензацијом. §. 264.. 266. 699	
C. Уговором. 1) у опште ослобађајући уговор §. 267.	
2) условно ослобађајући уговори. а) пренов (новација) §. 268. б) поравнање. §. 269. с) компромис. §. 270.	706
D. Спором. §. 271.	727
E. Условом и роком. §. 272.	731
F. Отпадањем субјекта облигације. §. 273.	731
G. Отпадањем садржине облигације. 1) услед немогућности испуњења. а) у опште. §. 274. б) посебице код двостраних облигација. §. 275. 2) услед других околности. §. 276.	735
H. Кривицом повериоца и застарелошћу. §. 277.	741

Глава друга. О појединим облигационим односима. §. 278. 744

I. Облигације из уговора и сличних односа.

A. Једностране облигације. 1) обећање поклона. §. 279. 2) зајам. а) појам и дејство. §. 280. б) доказ зајма. §. 281. с) ограничење давања зајма. §. 282. д) зајам са интересом. §. 283. 3) обли-	
--	--

СТРАНА

гације на враћање определjenih ствари. а) послуга. commodatum. §. 284. б) уговор оставе. depositum. α) редовна остава. §. 285. β) нередовна остава. §. 286. γ) полагање у треће руке. секвестрација. §. 287. с) уговор залоге. §. 288. д) receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. §. 289. е) уговор уновчања (Trödlevertrag). §. 290. 4) облигације из отправке послова. а) овлашћење (позив). mandatum. α) његова природа. §. 291. β) обвезе мандатара. §. 292. γ) обвезе манданта. §. 293. ε) особите врсте мандата. §. 295. б) отправљање послова на основу јав. овлашћења. cura bonorum. с) отправљање (сршавање) послова без овлашћења. negotiorum gestio. §. 297.. 299. 745	
B. Битно двострани облигаторни односи. 1) уговор куповине. а) претпоставке. α) појам и предмет. §. 300. β) закључивање уговора. §. 301. б) дејство уговора куповине. α) код куповине ствари. аа) у опште. §. 302. bb) обвеза због губитка државине (Entwährung). §. 303. cc) одговорност за недостатке ствари. §. 304. β) код других предмета куповине. §. 305. с) споредни уговори при куповини. §. 306. д) престанак уговора куповине. §. 307. 2) уговор промене. §. 308. 3) уговори најма. §. 309. а) locatio conductio rerum. α) претпоставке. §. 310. β) дејства. аа) обвезе изнајмиоца. §. 311. bb) обвезе најмиоца. §. 312. γ) престанак најамног односа. §. 313. б) locatio conductio operagum. Уговор послуге (службе) у ужем смислу. §. 314. с) locatio conductio operis Уговор израде, израђевине (Verdingungsvertrag). α) појам и дејства у опште. §. 315. β) посебице o lex Rhodia de iactu. §. 316. 4) ортаклук. а) појам и постанак ортаклука. §. 317. б) дејства уговора ортаклука. §. 318. с) престанак ортаклука. §. 319. 5) смесништво (Gemeinschaft). §. 320. 6) разграничување. §. 321.	775
II. Облигације из недозвољених дела и сличних случајева. §. 322.	829
A. Крађа. §. 323.	830

СТРАНА
B. Оштета. 1) обвеза давања оштете по lex-y Aquilia. §. 324. 2) нарочити случаји. §. 325. 3) одговорност за оштету најету другим лицима. §. 326. 4) оштета најета животињама §. 327, 5) оштета другим стварима. cautio damni infecti. §. 328. . 832
C. Противправно кварење постојећих стања. 1) interdictum quod vi aut clam. §. 329. 2) operis novi nuntiatio. §. 330. 3) aquae pluviae arcendae actio. §. 331. 4) интердикти за заштиту у употреби јавних ствари. §. 332. 845
D. Сила и претња. §. 333. 857
E. Злонамер и превара. 1) doli actio. §. 334. 2) злонамерно спречавање у тражењу правне помоћи. §. 335. 3) calumnia. §. 336. 4) actio servi corrupti §. 337. 859
F. Повреда особитих позивних дужности. §. 338. . . 862
G. Увреда личности. iniuria. §. 339. 863
III. Остали мешовити случајеви облигација.
А. Тужбе које су управљене на повраћај неосноване добити. §. 340. 1) condicatio indebiti. §. 341. 2) condicatio causa data causa non secuta. §. 342. 3) condicatio ob turpem causam. §. 343. 4) condicatio ob in iustum causam. §. 344. 5) condicatio sine causa. §. 345. 867
B. Actio ad exhibendum. §. 346. 884
C. Тужбе којима се тражи дозвола однашања ствари. §. 347 886
D. Обвеза издржавања каквог лица. §. 348. 888

Глава трећа. О осигурању тражбина јемством.

I. Појам јемства. §. 349. 890
II. Облици јемства.
A. По римском праву. 1) fideiussio. §. 350. 2) тзв. constitutum debitum alieni §. 351. 3) тзв. mandatum qualificatum или кредитни налог (позив) (Credit-auftrag), §. 352. 891
B. По данашњем праву §. 353. 898
III. Дејства јемства.
A. Одговорност јемца у опште. §. 354. 904
B. Защитна срећта јемца. §. 355. 906
C. Право регреса према главном дужнику. §. 356. 909

СТРАНА
IV. Престанак обвезе јемца. §. 357. 912
V. Ограничења јемства. §. 358. 917
A. Sen'usconsultum Vellejanum §. 359. 361. 918
B. Особита форма за интерцесију жена. §. 362. . . 924
C. Ограничење за интерцесију удатих жена. §. 363. 925

Глава четврта. О осигуравању тражбина заложним правом.

I. Природа заложног права у опште.
A. Појам. §. 364. 926
B. Врсте заложног права. §. 365. 930
C. Претноставке заложног права. 1) тражбина. §. 366. 2) предмет за залагање. §. 367. 933
D. Обим заложног права. 1) у погледу предмета. §. 368. 2) у погледу тражбине. §. 369. 941
II. Стицање заложног права. §. 370. 944
A. Постанак заложног права. 1) по приватној одредби §. 371. 2) по судском наређењу. §. 372. 3) по закону. 944
B. Пренашање заложног права. §. 374. 955
III. Права заложних поверилаца.
A. Кад нема више заложних права. 1) код залагања ствари. а) право продаје. §. 375. б) право теслима. §. 376. с) право задржавања залоге [ретенције] због других тражбина. §. 377. д) тужбе. а) стварна заложна тужба. §. 378. б) Interdictum Salvianum §. 379. г) друга заштитна срећта заложног повериоца. §. 380. е) користовање са залогом. §. 381. 2) код залагања других предмета. §. 382. 759
B. Кад има стицаја заложних права. §. 383. 1) одређивање првенства (приоритета). а) по добу постанка заложних права. §. 384. б) према нарочито датом повлашћењу. а) привилегована заложна права. §. 385. б) повлашћеност јавних заложних права. §. 386. 2) право претходећег заложног повериоца. §. 387. 2) право следећег заложног повериоца. §. 388. 975
IV. Престанак заложног права.
A. Са основа опште природе. §. 389. 390. 992
B. Са особитих заложно-правних основа. 1) измирење заложне тражбине. §. 391. 2) продаја залоге §. 392. 998

КЊИГА ТРЕЋА

О ТРАЖБИНАМА (ОБЛИГАЦИЈАМА)

ГЛАВА ПРВА

О ТРАЖБИНАМА У ОПШТЕ

I. ПРИРОДА И САДРЖИНА ТРАЖБИНА.^a

§. 201.

А. Појам.

Облигација (тражбина) је такав правни однос, по коме једно лице (поверилац creditor) има право да од неког другог, извесног лица (дужника, debtor-a), дакле обвезаног, тражи какву радњу (Handlung)^b, која има извесну имовну вредност или која се даје свести на исту^c. Израз „облигација“ означава како право повериоца, тражбину^d, с једне стране, и обвезу дужника^e, која јој одговара, с друге стране, тако и цео правни однос^f, у оба његова правца (однос дуговања, Schuldverhältniss). Тражбина је за повериоца повећање његовог имања а обвеза његово смањивање за дужника, у колико су обе, тражбина и обвеза, управљене на какву стварну вредност,

^a Inst. de obligationibus. 3. 13. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. de obligationibus et actionibus. 4. 10. ^b pr. J. h. t. L. 3. pr. D. h. t. c L. 9. §. 2. i. f. D. de statilib. 40. 7. ^c d rubr. J. per suas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. §. 5. D. de reb. cred. 12. 1. и др. ^e L. 5. 21. 49. §. 1. D. d. fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. e. donat. 39. 6. и др. ^f L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. L. 1. pr. D. h. t. и др.

и ако оно што ту вредност преставља у ствари још није изишло из имања овог последњег и прешло у имање оног другог.

Прим. 1. Наук о тражбинама (облигацијама) специјално је обраћен у овим делима: *Bucher das Recht der Forderungen*. 1815. 2. изд. 1830. *Unterholzner quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, herausgeg. von Huschke. 2. Bde 1840. *Savigny das Obligationenrecht als Theil der heutigen römischen Rechts*. Bd. I. 2. 1851. 1853. (уз св. I. Brinz krit. Blätter. № 3. и 4. Scheurl у Heidelb. krit. Ztschr. I. стр. 496 и д.). *Ryck die Lehre v. d. Schuldverhältnissen nach gem. deutschen R. Mit Rücks. auf partik. u. fremdländl. Gesetzg.* 1883. До сад I. свеска (о томе *Pfersche* у Wiener Ztschr. XI. стр. 442 и д. Уз то још стр. 650 и д. на том истом месту). Срав. и *Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français*, 3 томес, Ганд 1851 . 1853. Koch das Recht der Forderungen nach preuss. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen, 3. Bde, Breslau. 1836 . 1843. 2. изд. 1858. 1859. уз то Förster preuss. Privatr. I. II. §. 61 . 155 (пред стварним правом, III. §. 156 . 200.) *Ruggieri de obligationibus paelect. ad pand. Romae* 1872. Dernburg preuss. Priv. R. 2. Bd. 1878.; (о томе Steinlechner у Wiener Ztschr. VI. стр. 240 и д.) 2. изд. 1880. Brinz Pand. 2. изд. 2. књ. 1. део 1879. 2. део 1882. Hasenöhrl d. österr. Obl. R. in system. Darst. 1. књ. 1. део 1878. 2. део 1880. о томе Strohal у Wiener Ztschr. IX. стр. 85 и д.

2 L. 3. pr. D. h. t. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Срав. горе §. 145. прим. 1. Да ли рим. право зна за облигаторне (тражбене) односе, која имају стварноправну (dingliche) силу? Jhering dog. Jahrb. X. стр. 544 и д. Против тога Bureckhard d. a. aquae plur. arc. (продуж. Глика) стр. 322 и д. — Срав. и O. Mayer d. dingliche Wirkung der Obl. 1879. О појму облигације, срав. поред писаца побројаних у прим. 1. још нарочито Kuntze die Obligation und die Singularsuccession. 1856. §. 1 . 6. Dworzak у krit. Ueberschau IV. стр. 47 и д.), Ziebarth die Realexecution und die Obligation, Halle 1866. стр. 23. Neuner Rechtsverhältnisse. стр. 63 и д. Brinz Pand. (1. изд.) §. 88. 89. §. 124 . 126. Winscheid Pand. §. 250. 251. Sintenis 3. изд. II. §. 82. Brinz der Begriff Obligatio, у Wiener Ztschr. I. 2. Pand. 2. изд. II. §. 206 . 217. G. Hartmann d. Obligation, Unters. über ihren Zweck und Bau. 1875. (о томе Bek-

ker у Jen. Ltztg. 1875. № 46, Scheurl krit. Vjschr. XVIII. стр. 481 и д. Steinlechner у Wiener Ztschr. IV. стр. 457 и д. Dernburg н. и м. §. 1. 2. Ryck die Obligatio 1878. (о томе Kuntzel у Beitr. z. Erl. d. d. R. XXIII. стр. 151 и д.) Scheu y über die Structur der Forderungsrechte, у Wiener Ztschr. IX. 7. нарочито стр. 359 и д. Bierling z. Kritik der jur. Grundbegriffe II. стр. 198 и д. Voigt die XII. Tafeln II. §. 114. Schultze Privatr. und Process. I. стр. 429 и д. Mitteis die Individualisierung der Obligation. 1886. passim, нар. од. I. (против Hartmann-a). Puntschart (в. уз §. 22. прим. 5.) нарочито наглашује (стр. 70 и д.) моменат одговарања (*Haftung*), „*iuris vinculum*”, наслађујући се на Brinz-a; за њега (а против Zoll-a) на стр. 80 и д. Са изразом „облигатор. право“ не ваља помешати израз „тражбина (Forderung) — *actio v. petitio*“ оно облигаторно право, које већ има дејства, које се може већ остварити“. Тражбина је истина управљена на какву радњу обvezанога, али опет за то није она већ њен успех предмет облигације.

3. О разним значењима израза *obligatio* в. Hugo у civ. Mag. III. 20. Riedel, тамо, V. 3. Savigny н. и. м. I. §. 3. — Obligatio значи још а) саму радњу обвезивања или облигаторни догађај испр. L. 1. §. 3. D. de pact. 2. 14. L. 19. D. de V. S. b.) обвезницу, исправу у којој је исказана обвеза (*Schuldurkunde*) L. J. Cod. de non num. pec. 4. 30. (срав. §. 93. not. e) c.) залагање (*Verpfändung*) какве ствари и прав. однос, који отуда потиче, *pignoris obligatio* у противности према *personalis obligatio*, L. 11. D. quib. pign. solv. 20. 6.

В. Предмет.

§. 202.

1). Општи услови.

Предмет је облигације, у првом реду, радња дужника^a, без обзира на то, да ли се иста састоји у набавци каквог имовног предмета или иначе у каквом чињењу или нечињењу^b, јер и ово последње, негативна радња, може бити предметом облигације^c. Али радња мора бити: 1) могућа^d, како правно^e тако и природно^f. Но могућа је

a L. 3. pr. D. h. S. cf. §. 201. not. b. b L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 50. pr. L. 71. D. de V. O. 45. 1. c L. 83. §. 5. L. 103. D. 1. c. L. 29. §. 1. L. 82. pr. L. 98. pr. D. cod. §. 22. J. de inutil. stip. 3. 19. d L. 35. pr. L. 69. 97. pr. D. 1. c. §. 5. J. de V. O. 3. 15. cf. L. 58. §. 1. D. locati 19. 2.

не само условна обвеза на нешто, што је сад немогуће или што ће бити могуће^e, већ и на оно, што је сад неком немогуће извршити, што је по себи могуће, али само њему, са личних разлога, немогуће^f. Шта више, према приликама, може се неко и на оно што је по себи (објективно) немогуће^g, у толико пуноважно обвешати у ко-лико би одговарао за немогућност извршења. Радња мора бити 2) дозвољена^h. И 3) ако радња није непосредно и по себи управљена на какву имовну корист оног који има тражбину, да је бар везана с каквим његовим имовно-правним интересом, и то таквим, чије се задовољење може судским путем тражити и обвешани и осудитиⁱ.

Прим. 1. О разлици између *Dare*, *Facere*, *Praestare* (§. 201. прим. 2.) в. L. 13. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 37. pr. D. de op. lib. 38. 1. Gai. IV. 2. In personam action est, quo agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus: dare, facere praestare oportere. Lex Rubr. cap. 22. „d[are] flacere) p[raestare] restituere oportere“ — Marezoll y Linde's Ztschr. X. 8. Puchta Inst. II. 2. изд. I. §. 156. Huschke y Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. 249. 254. срав. његову iurispr. antejust. ed. 4. ad h. I. и Studemund's Apographum Gaii ibid. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 217. 268. Wächter II. §. 167. Kohler vertragsmässige Beschränkung des Gewerbebetriebs у Ges. Abh. № 3. стр. 62. 74. О појму учинбе в. Kraintz Syst. I. стр. 375 и д.; о простим и сложеним тражбинама стр. 226. 231.

2 L. 185. D. de R. J. Impossibilium nulla obligatio est. О том ставу: Ude у civ. Arch. XLVIII. 10. 14. Срав. L. 31. eod. Quid enim impossible est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendendi, ut utilem actionem aut factum (pactum?) efficere potest. Savigny н. н. м. §. 37. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. 1. 1853. Гл. I. II. Erörт. II. стр. 87 и д. прим. 2. Windscheid §. 315. Zimmermann у dogm. Jahrb. XIII. стр. 381 и д. Hartmann н. н. м. стр. 166 и у dogm. Jahrb. XXII. стр. 417 и д. Hesse у civ. Arch. LXI. стр. 258 и д. Dernburg II. §. 23. Brinz 2. изд. II. §. 245. 246.

e L. 98. pr. de V. O. 45. 1. cf. L. 83. §. 5. eod. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. f L. 28. D. l. c. L. 34. 137. §. 4. 5. D. de V. O. 45. 1. g L. 35. pr. L. 83. §. 7. D. l. c. L. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. h L. 26. 27. pr. cf. L. 35. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 15. D. de cond. inst. 28. 7.

3 L. 9. §. 2. D. de statulib. 40. 7. Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest. — Срав. L. 38. §. 17. L. 95. D. de V. O. 45. 1. L. 7. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 54. pr. D. mand. 17. 1. Quum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur; singe filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonaе fidei iudiciis habendam. L. J. D. de serv. export. 18. 7. (Pap. lib. 10. quaest.) Servus ea lege veniit, ne in Italia esset; quodsi aliter factum esset, convenit citro stipulationem, ut poenam praestaret emtor. Vix est, ut eo nomi ne vindictae ratione venditor possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam, quam alii promisit, inciderit. — Quodsi ne poenae causa exportaretur (servus), convenit, etiam affectionis ratione agetur. L. 6. pr. i. f. (§. 1.) eod. (Pap. lib. 27. quaest.) Si quid emtor contra quam lege venditionis cautum est fecisset... Nobis (fecisset..., nobis) aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset: veluti quod poenam promisisset; ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur. — У тим се местима замишља као предмет тражбине само какав новчани интерес (Geldinteresse), што је по класичном праву само по себи потицало, јер је осуда (condemnatio) у формуларном поступку увек гласила на извесну суму новца. Само се у толико признаје, да је за постанак какве bonaе fidei action, због неиспуњења какве споредне погодбе уговора, довољно и постојане affectionis ratio, а не vindictae ratio. Неосновано је ограничење, које Puchta §. 220. уз то додаје: „само онде, где је у тражбини повериочевој и морална дужност, довољан је (припушта се) афекциони интерес, па да таква тражбина постане“. Сигурно је, да Римљани нису никад сматрали за моралну дужност и бригу, да продани роб не оде из Италије. С друге стране не тумачи како ваља та места Heuer Abh. Giessen 1841. и у Linde's Ztschr. n. F. III. 1., који хоће да докаже, да уговор (али не и стипулација по рим. праву) у корист неког трећег истине вреди, али не и онај који је на његову штету. О томе срав. доле §. 233. прим. 1. — Но из тих места излази то, да овде није битно, да ли испуњење каквог обећања неком другом доноси по себи какву имовну корист, само ако се из његовог

неиспуњена може за истог извести какво имовноправно потраживање. Срав. Unger der revid. Entw. eines b. G. B. für Sachsen стр. 52 и Arndts civ. Schr. III. стр. 448 са Mommsen Beitr. II. стр. 126 и д. Windscheid у Heidelb. Ztschr. II. стр. 538 и д. По једном новом мићењу опет, имовни интерес није у сваком случају од важности, јер је потреба осуде у новцу отпала већ у Јуст. праву, а данас се пресуда која гласи на какво facere може извршити и посредним принудним срећствима. Срав. нарочито Windscheid Pand. §. 251. прим. 3., Rudorff-a уз Пухту §. 220. и Ziebarth-a и н. м. стр. 29 и д. 170 и д. Thön-a Rechtsnorm und subj. Recht стр. 189. Против тога Neuner Rechtsv. стр. 64 и д. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 239. нарочито прим. 13. Да, у осталом, судија не може свакој ћуди служити, то признају и они, и остављају једино оцени судије, да ли постоји какав „оправдани интерес“, ма и не било каквог, ма и посредног, имовног интереса. Може бити да би боље било, не постављати тако неодређено начело, и оставити појединцима, да се уговарањем какве казне (§. 211.) осигурају, на случај кад им је обећано нешто, за шта се не може доказати да има ма какви имовни интерес. Срав. и Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes стр. 49. прим. 1. Међу тим је и рим. право, у понеким случајима те врсте, признало правну обвезу на извесно чињење и обећало судску помоћ, те да се бар на посредни начин изнуди (§. 270. прим. 2. §. 74. not. k. §. 495. not. o.). Но такве дужности не рачунају се у облигације, као год што се не рачунају у исте ни дужност сведочити и т. д. Срав. још Windscheid 4. и 5. изд. и н. м. Hartmann и н. м. стр. 48 и д. Dernburg и н. м. II. §. 21. Виндшайдов наук у том погледу нашао је „нову и темељиту одбрану“ у Jhering-ову „Rechtsgutachten in Sachen... der Gäubahn. Olten. 1878.“ (општампано, у неколико скраћено, и у dogm. Jahrb. XVIII. 1.). Но и Jhering неће да се даје правна заштита односима који потичу из „уједживости“ (Geselligkeit) и „услужности“ (Gefälligkeit). Против тога Windscheid 5. изд. §. 314. прим. 8. Против Jhering-a и Ryck L. v. d. Schuldverh. стр. 6 и д. — О L-у 9. §. 2. D. 40. 7. посебице в. Jhering и н. м. стр. 80 и д. В. још дело од Lehmann-а, које се наводи у §. 206. прим. 3. (и о њему Dreyer у Rassow's Beitr. XXIX. стр. 134 и д.) и Kleine „Genügt Affectionsinteresse bei Geltendmachung eines Forderungsrechtes?“ Berlin. 1884.

§. 203.

2). Опредељеност предмета¹.

Предмет облигације (обвезе) несме бити потпуно неопредељен и неопредељив^a, нити сме зависити само од воље обvezаног, јер би онда могао испунити нешто што је са свим без вредности^b. Но може бити опредељен са више или мање тачности, или, шта више, остављен правичном нахођењу (arbitrium boni viri) или простој вољи каквог другог лица, но у овом последњем случају, постајање облигације, условљено је, разуме се, изјавом те воље (Ausspruch dieses Gutdünkens)^c.

Особита врста неопредељених облигација јесте тзв. алтернативна облигација (у противности према простој облигацији)² т. ј. таква облигација, по којој се мора дозволити да се између више испуњења једно учини^d. По правилу, право избора има сам дужник^e, и у том случају, и поверилац може тужити само алтернативно^f, док се избором који везује дужника облигације не сведе на извесно чињење^g. Но ако се нарочито уговори, може и поверилац имати избор^h, било до његове изјаве у том погледу или до тражења остварења тражбине судским путемⁱ. Може се и неком трећем оставити, да он бира између више чињења. У том се случају његова изјава сматра за услов тражбине^j.

a L. 95, 95, 115. pr. D. de V. O. 45, 1. L. 69, §. 4. D. de iure dot. 23, 3 L. 71. pr. D. de legat. I. L. 2, §. 5. D. de eo quod certo loco. 13, 4. b L. 108, §. 1. D. de V. O. 45, 1. cf. L. 22, §. 1. D. de R. J. c L. 22, §. 1. cit. L. 3. Cod. de dot. prōm. 5, 11. L. 75, 79. D. pro socio. 17, 2. L. 7. pr. D. de contrah. emti. 18, 1. L. ult. Cod. eod. 4, 38. d L. 128. D. de V. O. L. 5, §. 2. D. qui et a quib. manum. 40, 9. cf. L. 6, §. 1. D. de re iud. 42, 1. e L. 25, pr. L. 34, §. 6. D. de contrah. emti. 18, 1. L. 10, §. 6. D. de iure dot. 23, 3. cf. L. 106. D. de V. O. 45, 1. L. 93. eod. f §. 33. d. (§. 38.) J. de action. 4, 6. g L. 138, §. 1. D. de V. O. 45, 1. L. 21, §. 6. D. de act. emti. 19, 1. L. 26, §. 13. D. de cond. indeb. 12, 6. L. 84, §. 9. D. de legat. I. h L. 112, pr. D. de V. O. 45, 1. L. 75, §. 3. D. de legat. 1. i L. 141, §. 1. D. de V. O. cf. L. 76, pr. L. 171 pr. eod. L. ult. Cod. de contrah. emti. 4, 38.

Прим. 1. Brinz 2. изд. §. 240. и д. У рим. праву налазимо особити појам опредељене облигације. Сertum означава тамо опредељени предмет какве једнострane тражбине (obligatio ad dandum) т. ј. тражбине која је управљена па то, да се повериоцу даде или извесна количина тачно опредељених замењивих ствари или каква индивидуално опредељена ствар (species) или какво право па таквој једној ствари. У том се смислу нарочито прави тачна разлика између stipulatio certa и incerta, пр. J. de V. O. 3. 15. L. 68. 74. 75. D. eod. 45. 1. cf. Cod. si certum petatur. 4. 2. Па и сама алтернативна облигација могла је бити опредељеном, certa, у колико би само стипулатору било дато право избора, L. 75. §. 8. D. de V. O. Да ли се на то односи и contractus certus и incertus у L. 18. pr. D. de acceptil. 46. §. L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1.? Savigny Syst. V. стр. 581. Brinz 1. изд. стр. 377 и д. 2. изд. §. 217. прим. 12. и II. стр. 586. Baron d. Condictionen (1881.), нарочито стр. 93. и д. Та је противност стојала у вези са особеностима старог рим. система тужаба, јер је само из облигација прве врсте могла потеша condicatio certi. Но у данашњем је праву без значаја, ма да ће се увек морати водити рачун о материјалној разлици између облигациони односа, који су управљени на извесно дуговање од извесне, опредељене имовне вредности (debitum, aes alienum) и оних, који се у првом реду односе на каква друга чињења, па се само у извесним приликама (свентуелно) могу свести на прво, и о утицају који ће та разлика увек имати. Brinz 1. изд. стр. 374 и д. 2. изд. §. 217. 293. и д. Dernburg II. §. 22. Срав. и Leonhard Irrthum стр. 148 и д.

2 О алтернативним облигацијама: Savigny Obl. Rt. §. 38. Fitting Correalobligation §. 25. 27. Vangerow III. §. 569. Windscheid §. 255. Brinz 2. изд. §. 241. и д. Lindheimer diss. inaug. de disiunctiva obligatione. Berol. 1867. Regelsberger Alternat. Oblig. und alternative Ermächtigung des Gläubigers у dogm. Jahrb. XVI. 3. Bernstein z. L. v. alternativen Willen und d. altern. Rechtsgeschäften. Abth. I. der altern. Wille und die altern. Obl. 1878. Pescatore d. sog. alternative Obl. 1880. (оцене оба списка од Pfersch-a у krit. Vjschr. XXIII. стр. 305 и д. 309 и д. Bernstein d. altern. Obl. im Röm. u. im mod. R., у Ztschr. f. vergleich. R. W. II. 10. стр. 392 и д. Nanne die Disjunctivobl. 1880. Срав. и Zittelmann Irrth. u. Rechtsgesch. стр. 502 и д.

3 Рим. право дозвољава мењање већ учињеног избора (variatio, mutatio voluntatis) дужнику, ако је њему остављено право избора, све до испунишења, а повериоцу, кад му је избор остављен са речима utrum volet a ne utrum voluerit, до подизања

тужбе. Но тврди се, да је то истина речено за стипулацију и легат, али, да је иначе, за друге случаје, већ и по рим. праву важило правило, које важи и по данашњем праву за све случаје, да се неопредељеност предмета облигације откља изјављеном вољом Jhering у dogm. Jahrb. I. стр. 31 и д. Demelius у Linde's Ztschr. n. F. XVII. 2. Regelsberger у civ. Arch. XLIX. стр. 209 и д. и Sintenis II. §. 83. прим. 53. Против тога Vangerow п. н. м. прим. 1. № 2. "Windscheid §. 255. прим. 9. Brinz 2. изд. §. 242. прим. 5. 21. §. 243. прим. 5. и стр. 110. Срав. и Lang Entw. eines b. g. B. f. Bayern II стр. 139 и д. Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 338 (civ. Schr. III. стр. 532.) Seuffert's Arch. IV. 20. То је питање, које зависи од тумачења дотичне воље, свакојако пису меродавни објашњења римских правника о томе, да ли се по истој дозвољава бирање само за један пут. Саопштавање учињеног избора може искључити variatio и онда, ако би у томе било прећутно примљено обећање или одрицање на право избора. Срав. још Windscheid 4. и 5. изд. § 255. прим. 9. Dernburg II §. 28. 29.

§. 204.

3). Дељивост предмета.

Према природи њеног предмета, испуњење, учинба, (Leistung), као и сама облигација, може бити или дељива или недељива (obligatio dividua или individua), према томе, да ли се може раставити на делове или не, а да тиме не изгуби њену природу.¹ Прво је онда случај, кад је облигација управљена на набавку каквог имовног предмета, који је правно дељив, као што су напр. сопственост или право уживања на каквој ствари. Посебице, и све тражбине, које су управљене на давање какве количине замењивих ствари спадају у облигације безусловно дељиве. Последица је тога та, да такве облигације могу престајати и делимице, делимичним испуњењем или каквим другим начином престајања њиховог, а ако би прешли на више наследника, поверилаца или дужника, онда се деле на више почасних облигација. На против, недељива је облигација, којој је предмет давање каквог недељивог имовног права напр. какве баштинске

службености или која се састоји у каквом чињењу или изостављању, нечињењу, у облику какве свршене, позитивне или негативне чињенице, која би била нека целина, а не би јој био главни смер, да се само оствари неко дељиво право. У том случају немогућа је како делимична облигација тако делимично испуњење исте или какво друго престајање њено, нити се дели онда, кад добије више субјеката, поверилаца или дужника.

Још једну врсту недељивости имамо и онда, кад је делимично испуњење по себи могуће, али би за собом повлачило такву измену у његовој природи, каква се не може дозволити без пристанка повериочевог. То је случај код алтернативних облигација, управљених на разне дељиве предмете и код облигације којом се даје какво дељиво право на каквој само по врсти определеној а незамењивој ствари. Поверилац може тражити само један цео предмет и с тога тражбина не престаје делимично баш да се делимично испуни предмет исте.

У осталом, недељива облигација може постати дељивом, у колико не би био више говор о испуњењу њеног првобитног садржаја, већ само о давању њене новчане вредности.

Прим. 1. Главна су места за овај наук: L. 2.. 4. 72. 85. D. de V. O. 45. 1. Срав. о томе, поред старијих коментатора, нарочито *Donellus-a* и *Cujacius-a*, још *Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex 2. 3. 4. 85.* D. de V. O. 1822. *Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen* 1831. стр. 178.. 241. *Scheurl comment. ad L. 2. 3. 4. 72. 85.* D. de V. O. *Erlangae* 1835. *Vangerow III.* §. 567. прим. 7. *Sintenis II.* стр. 42.. 57. *Windscheid §. 253*, а нарочито *Savigny* н. н. м. §. 29.. 36, даље: *Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen*. 1862. *Steinlechner Juris Communio I.* §. 19. 20. *Dernburg II.* §. 25. *Brinz 2. изд. §. 229.* и д. *Rümelin die Theilung der Rechte* стр. 171 и д. Против тога *Scheurl* у крит. *Vjschr. XXV.* стр 531 и д. и *Ryck L. v. d. Schuldverh.* стр. 123 и д. *Ryck* н. н. м. стр. 95 и д. Срав. још ниже §. 216. *Scheurl Theilbarkeit.. v. Rechten* (1884.) стр. 68 .. 102. Нарочито у погледу L. 4. §. 1. (§. 2. по-

грешка је) D. 45. 1.: *Scheurl* стр. 82 и д.; у погледу L. 4. §. 2. стр. 91 и д.

2 У том погледу прави тешкоће L. 72. pr. D. I. c. где се као недељиво faciendum спомиње fundum tradi, поред fossam fodiri, insulam fabricari и т.д., а међу тим се државина може преносити и pro parte. О разним покушајима да се то место објасни срав., поред Savigny-a и. н. м. стр. 339 и д., који подразумева „fundum tradi et, nisi traditus fuerit, centum dari,“ још Ubbelohde и. н. м. §. 7., који узима, да се „fundum tradi“ односи на пренос придржаја, и који се, узгред речено, чуди, како се још нико не сети, да поправи „fundum radi“ место „fundum tradi“. Rudorff уз Пухту 10. изд. §. 222. пот. б. објашњава то место недељивошћу самог акта предавања, а нарочито с обзиром на особиту економну природу предаје добра („fundum tradi“). О томе у најновије доба в. још Brinz 2. изд. §. 229. прим. 7. Rümelin стр. 191 и д. Ryck стр. 102 (L. 72. pr. cit.). Scheurl стр. 95 и д.

4). Предмети облигација особите природе.

§. 205.

а). Плаћање у новцу.

Плаћање у новцу нарочито је важан и чест предмет облигација. Нарочито и с тога, што се свака тражбина, на случај да се не испуни њен прави предмет, претвара у тражбину у новцу. Праву тражбину у новцу или дуг у новцу, новчани дуг, имамо онда, кад је садржина облигације у томе, да се повериоцу да извесна сума новца т. ј. извесна количина општег мерила вредности предмета који су у саобраћају, а чему служе, као видљиви престављачи исте и исплатно срество, коване новци (*Geldstücke, Münze*). Такав се дуг, по правилу, може измирити давањем сваке врсте кованог (правог) новца, која би била призната у време и на месту исплате, но с тим ограничењем, да поверилац мора примити ситан новац (*Scheidemünze*, новац за поткусуривање) само до извесне суме. Међу тим, може се код новчаног дуга нарочити услов поставити, да исплата мора бити у каквој опре-

дељеној врсти новаца. Али ако је тражбина у опште управљена на давање извесног броја новаца какве опредељене врсте, под претпоставком, да се тиме не означава просто извесна сума, већ само по роду одређени прави предмет исте, онда се таква тражбина битно не разликује од других тражбина управљених на замењиве ствари. Тако исто, још мање може бити говора о правом новчаном дугу, ако су предмет облигације нарочито обележени (опредељени) новци (новци означенчи као *species certum corpus nummorum*).

За случај, да се новчани односи промене после постанка новчаног дуга, ваља поставити то правило, да ваља дати потпуно ону суму новаца, на коју се мислило, као на предмет облигације, у доба њеног постанка, према тадањим новчаним односима, а у новцима (монети) који важе у доба плаћања, према њиховој у том тренутку признатој стопи вредности (*Werthverhältniss*). За исту је, у првом реду, меродавна вредност новца, која се новцима доиста у саобраћају даје и која се, по правилу, опредељује према количини новаца, која би била равна извесној количини драгог метала, а у сумњи, према усвојеној стопи новаца (*Münzfuss*), под претпоставком, да нарочити законски прописи друкче не наређују. У осталом, то правило ваља применити и онда, кад је исплата новчаног дуга уговорена у извесној врсти новаца, само с том разликом, да за исплату ваља употребити само ту врсту новаца, у колико је то могуће. Друкче ће бити, ако је само извесан број комада од извесне врсте новаца, као такав, предмет облигације.

Прим. 1. Новак се кује из драгог метала, нарочито злата и сребра, коме се додаје и извесна количина других метала. Код новца долазе у обзир: а) тежина (*Schrot*) и чистота (*Korn*) његова, т. ј. сразмера у којој су помешани драги и други метали; б) новчана стопа (*Münzfuss*) т. ј. нормални однос, по коме се одређује, колико новчаних јединица (*Münzeinheiten*) извесне врсте износе вредност извесне количине чистог драгог метала. Но може се новчана јединица, на тај исти начин, узети само као рачун-

ски новац (*Rechnungsmünze*), а да се прави новац, у вредности која би му одговарала, и не кује. У Немачкој, где је одавна сребро узето као основа новчаног система, узета је за нормалну количину сребрних новаца тзв. фина марка = 16 лота чистог сребра, а као новчана јединица форинта (*Gulden*), према којој се односно талир као 2 : 3, отуда ипр. стопа од 14 талира или 21 форината, 24 или $24\frac{1}{2}$. После је дошла на место фине марке тзв. царинска фунта, у коју су се рачунали 30 талира или 45 фор. аустр. вред. или $52\frac{1}{2}$ фор. јужнозападне вредности; с) вредност и то α) метална вредност (унутарња вредност, *innere Werth*) новаца, која се одређује стварном мером (*Gehalt*), драгог метала у дотич. новцу, (*Feingehalt*) и стопом новца, под претпоставком, њеног тачног вршења при ковању и да се вредност појединачног комада није смањила тиме, што се излизао или што је сечен; β) номинална вредност (*Nennwerth*) т. ј. она вредност, која се по вољи онога који кује новац придаје новцу, било да се та воља исказује жигом ковнице (тзв. жиговна вредност *Stempelwerth*) или у другом облику ипр. законом (тзв. едиктна вредност, *Edictswerth*). У томе имамо металну вредност новца оверену државном влашћу, а у томе може бити и заповест, да се означен новац прима по вредности на њему означену, и то је онда управо законска вредност (принудни течај номиналне вредности, *Zwangscurs zum Nennwerthe*), који, разуме се, вреди само у области, која је потчињена оној власти која га прописује; γ) течајна или саобраћајна вредност (*Curswerth oder Verkehrswert*), т. ј. она вредност, по којој се новац у правном саобраћају ценит и прима, и која може од номиналне, па и законске, вредности оступати, на основу дерогаторног обичаја. Од саобраћајне или течајне вредности ваља разликовати δ) прометну вредност (*Tauschwerth*) новца, које се одређује количином других саобраћајних предмета, који се могу за извесну суму новаца купити. д) Тзв. ситан новац (новац за поткусуривање *Scheidemünze*) кује се или сасвим из метала који није драг, или из драгог метала али у мањој количини, и служи за то, да представи мање новчане вредности или само разломке новчане вредности крупног чистијег новца (*großer Münzsorten*), који је поглавито и определен за новчани саобраћај. Код ситног је новца његова унутарња вредност споредна ствар, у колико се само у означеном смјеру употребљује. Иначе се вредност таквог новца одређује према његовој металној вредности; е) у данашњем новчаном саобраћају од важности је још папирни новац, који управо треба да представља метални, звучећи новац, но који изазива често разне неприлике и тешкоће, и поред принудног течаја, кад се не може у

свако доба заменити са звучећим новцем. — Срав. дела побројана у § 51. прим. 3, уз то Ad. Wagner „Münzwesen“, у Bluntschli's Staatswörterb. VII. стр. 65.. 106. и „Papiergele“ тамо стр. 646.. 680. Knies Geld und Credit. 1. Abth. Das Geld. Darlegung der Grundlehren vom Gelde. Berlin 1873. 2. Abth. Der Credit. 1876. 1879. Hasner z. L. vom Gelde у Wiener Ztschr. VII. 1. стр. 1 и д. Brinz 2. изд. § 290. Endemann Studien in d. roman. canon. Wirtschafts- und Rechtslehre II. (1883) № VII. стр. 161 и д. У данашњој немачкој царевини усвојена је као новчана јединица за сребрни новац марка од 100 фенига = $\frac{1}{3}$ талера, али при том одређено, да се плаћања у сребру морају примати само до 20 марака, а веће суме да се морају плаћати у злату. Царевински закон о новцима од 9. Јула 1873. „основа је целокупног царевинског законодавства о новцу“. С тим је царевина прешла искључном златном течају и с тога се царевински златан новац од 5, 10, 20 марака мора сматрати као прави и искључни течајни, саобраћајни новац (Courantmünzen), и само се такви новци могу употребити за исплату новчаног дуга, и против воље повериоца, осим ако није друкче уговорено. Но „до повлачења из течаја“ (Aussercursetzung) морају се примати у исплату и други новци, који су постојали по разним ранијим новчаним системима. Царевински папирни новац (благајнички записи, Cassenscheine) немају принудни течај за приватни саобраћај, по изричној одредби закона од 30. Априла 1874.; тако исте не постоји ни обвеза за примање новчаница башака (банкнота). Закон о царевинској банци од 14. Марта 1875. Ближе о томе код Mandry-a Reichsgesetze стр. 139. 2. изд. стр. 203 и д. Windscheid 4. и 5. изд. § 256. Dernburg Preuss Pr. R. II. § 31. 32.

2 О значају новца као општег прометног срећства в. L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publiqa ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate; о значају његовом као општем исплатном срећству: L. 9. §. 2. D. de statulib. §. 202. прим. 3.). О појму суме новца на супрот поједињим комадима новца (nummi): L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem. L. 65. § 1. D. de V. O. 45. 1. „eiusdem quantitatis aureos“. — О новчаним дуговима в. G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden први пут 1807. штампано под насловом: Rechtl. Gutachten über die Entschei-

dung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tirol entstandenen Rechtsstreitigkeiten, а за тим поново Berlin 1851. Savigny Obl. I. § 42. и д. Hartmann н. н. м. стр. 67 и д. Goldschmidt Handelsrecht §. 105. и д. и Karlowa у крит. Vjschr. XI. стр. 540 и д. Ова три последња научника издавају новчане дугове у домаћој монети од других и сматрају, да су то новчани дугови у ужем смислу. Dernburg II. §. 32. 33.

3 Лажне новце, који имају само привидан а не прави државни (јавни) жиг или који су оглашени као неважећи или којима је вредност смањена поверилац не мора примати: L. 24. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. Qui reprobos nummos solvit creditor... neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem. L. 1. Cod. de vet. numismatis pot. 11. 10. Solidos veterum principum veneratione formatos... suscipi... iubemus... modo ut debiti ponderis sint et speciei probae. Mandry н. н. м. стр. 144 (2. изд. стр. 208 и д.) Windscheid §. 256. прим. 12.. 16. Brinz н. н. м. прим. 13. 14.

4 Закон од год. 1576. § 76. наређује: „да нико није дужан да у плаћањима преко 25 форината прими пола башција (= 2 крајџара, по царев. зак. о новцима од год. 1559. „што је испод пет крајџара) или какву другу ситну врсту новаца, а још мање не власт тако што одобравати“. Сума од 25 фор. тада ће течај, износи, кад се рачуна по стопи од 24 фор. готово 59 фор. а 2 кр. = $4\frac{1}{2}$ кр. — Больје је одредба која је унета у немачко-аустријску новчану конвенцију „да се нико неће нагонити, да прими у ситном новцу плаћање, које би достизало вредност најсентнијег крупног новца“. По царевинском зак. о новцима рачунају се у ситан новац и сребрни новци од 5, 2, 1, $\frac{1}{2}$ и $\frac{1}{5}$ марке, јер имају само $\frac{1}{10}$ сребра, од оне количине, коју би по њиховој вредности требали да имају, срав. прим. 1. на крају. Никл и скакар морају се примати само до 1 марке.

5 Ако се не промени сразмера у којој се меша драги метал, новац пезнатно мења своју вредност. Тако исто не долази у обзир ни мењање у прометној вредности новца, као што морају у ствари због практичне неприменивости, да признаду и они, који би му хтели да даду утицај на новчане дугове. Vangerow §. 570. стр. 31. 32. 7. изд., срав. против тога Sintenis §. 85. прим. 20. Ослобађање од новчаних дугова „вишом силом“? О томе и против тога Jhering у dogm. Jahrb. XVIII стр. 117 и д. Но од важности су промене у новчаној стопи или у вредности новаца. Врло су разна миња у погледу утицаја таквих промена: а) има их који не воде рачуна о природи новца и новчаног дуга, па узимају у обзир само унутарњу вредност новца, Glück св. 12. стр. 67 и д.; б) други

на против узимају у обзир само новчану стопу, Puchta § 38., а не воде рачуна о томе, да може наступити промена у кованују новца истог кова и у њиховој стварној вредности, без формалног укидања досадање новчане стопе, и да у саобраћају могу бити, у исти мах, новци разног кова (Gehalt), који могу, неко време, имати једнаку вредност; с) други опет држе да је у сваком случају меродавна **номинална** вредност као права законска вредност. Pfeiffer praktische Ausführungen I. 7. Sintenis §. 85. Wächter II. стр. 285.; д) у главном се слажу са мњењем које је у тексту исказано, између осталих (Guden) Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig und Hildesheim. 1764. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? и т. д. Frankfurt 1791. Chr. F. Fels (prae side Schrader), Diss. inaug. quid debito pecuniario contracto, prae sert mutationibus circa pecuniam interim factis, solvendum sit? Tübing. 1814. Срав. и Seuffert §. 239. Erörter. I. 10. а нарочито G. Hufeland н. н. м. за тим Savigny н. н. м. с чим се и Vangerow у 6. и 7. изд. III. §. 570. изриком слаже. С тим се у начелу слаже, с неким изменама у његовој примени и Windscheid §. 256. Против тог мњења, а за мњење под с), изјаснило се опет Souchay у Linde's Ztschr. n. F. IX. 12. (срав. и Seuffert's Arch. XII. 133.), а у пајновије је доба нападнута, па врло осетан начин, теорија Савињијева, нарочито у погледу новчаних дугова у земаљском течају, од Hartmann-a, Goldschmidt-a и Karlowe н. н. м., но и они се у појединостима међу собом разликују у многом погледу. Срав. још Goldschmidt z. Rechtstheorie d. Geldes, у Zeitschr. f. Handelsrecht XIII. 8. стр. 367 и д. Brinz прим. 15. Bekker über die Couponsprocesse der österr. Eisenbahngesellschaften und über die internationalen Schuldverschreibungen. 1881. (о томе Czyhlarz у krit. Vjschr. XXIV. стр. 53 и д.) G. Hartmann internationale Geldschulden, Freibg. und Tüb. 1882. (прештампано у опширом облику из Civ. Arch. LXV. 6. стр. 147 и д. О томе Brinz у krit. Vjschr. XXV. стр. 50 и д. Историјски подаци о овом науку код Endemann-a н. н. м. стр. 211 и д.)

б) У изворима општиг приватног права, има мало и то недовољних текстова, који се односе на горње питање, а то су: а) L. 80. pr. D. de solut 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ... veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Срав. прим. 2. и L. 144. §. 1. D. de R. J. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 8. pr. D. mand. 17. 1. Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam. б) L. 99. D. de solut. 46. 3. Creditorem (Flor. debitorem) non esse cogent-

dum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Cf. Basil. XXVI. 5. cap 99. (Heimb. III. p. 129.) **Ο δανειστής οὐχ ἀναγκάζεται ὅπλου τύπον νομίσματα λαβεῖν, εἰαν ἐξ τούτου βλάπτηται.** с) L. 1. Cod. de vet. numism. pot. (прим. 3.), cf. Nov. Leonis 52 (Gothofr.) ... Numismatis omne genus, quod quidem formam materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat, sive vetustioris cuiuspam principis sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur et in republica tractetur. д) Cap. 26. X. de censib. 3. 39. Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae pro pensione ecclesiae tuae debitam ... persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris literis in mandatis, ut canonicos illos solutione prioris pecuniae vel, si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos; и cap. 20. eed. Olim causam, quam adversus clericos plebis Rupinae super synodatico proponebas, Tudertino episcopo et collegis suis commisimus terminandam; coram quibus ex parte tua fuit propositum, quod, cum iidem clerici praedecessoribus tuis tres in festo nativitatis et tres in festo resurrectionis dominicae pro synodatico solverint denarios Papienses, nunc tantum tres Lucenses pro singulis denariis Papiensibus persolvebant, cum tamen unus denarius Papiensis valeat sex Lucenses... Cum igitur constet, quod Papienses olim pro synodatico solvebantur ... et sit legitime comprobatum, quod tres Lucenses, qui pro uno Papiensi post mortem ipsius L. (praedecessoris sc.) solvebantur, quinque vel sex valebant ex illis, qui hodie sunt in usu, intelligentes ex hoc, quod per monetae declinationem acciderit, ut usque ad tempus tuum Lucenses dati fuerint pro synodatico, sicut erant in usu, procuratorem adversae partis... tibi ad solutionem denariorum Papiensium vel aestimationem eorum... condemnamus. — Опширне одредбе у том погледу има Preuss. Landr. I. 41. §. 778.. 802. (срав. Koch Recht der Fordr. I. §. 6.. 8. Savigny §. 46.) Срав. и аустр. Münzpatent од 27. April 1858. §. 5., hess. Entw. IV. Abth. Art. 287.. 2. 1., sachs. Gesetzb. §. 665.. 672., bayer. Entw. II, Art. 86.. 90. Schweiz. Obl. R. Entw. од 1869.. 72, и 1876. Art. 128.. 129. Bundesg. über das Obl. R. 1881. Art. 97. 98.

§. 206.

б). Накнада штете.

Обвеза накнаде штете састоји се у томе, што је неко обвезан, да накнади онај губитак, који је неко други у његову имању претрпио услед каквог чина (That-

umstand), а за чије је последице он одговоран. Она разлика, која се јавља између садањег стања имања, онаквог какво је наступило после оног чина, без обзира на право на накнаду штете, које отуд потиче, и оног стања (оне количине) које би иначе, без тога, постојало, назива се ујамак, мањак (*Interesse id quod interest sc. actoris или creditoris*). Давање те разлике може бити најближа садржина облигације и то оне, која је тек услед повреде постала, али може да је дошло и на место неке друге првобитне садржине какве облигације или да је придошло уз исту, ако њена права садржина или никако није испуњена или није онако као што треба.¹ Но ујамак, мањак обухвата не само оно што је већ било у имању и са чим је исто смањено (*damnum, губитак у ужем смислу, позитивна штета, тзв. damnum emergens*), већ и онај осуђени вишак у имању, који би за оштећеног иначе наступио, (тзв. *lucrum cessans* или *interceptum*, изгубљена добит, негативна штета).² При томе се узима обзор не само она штета, која се јавља као најближа и непосредна последица догађаја који је створио штету, већ и она, која је само посредно, стицајем особитих прилика и односа, посебице наступила за оштећеног.³ Одредба обима тог губитка и накнаде, коју према истом ваља дати, зависи од правичне оцене, а с обзиром на особити развој односа (прилика) у датом случају. Но при оцени мањка, који ваља накнадити, у опште, стоји то, да се узима у обзор само она штета, и то само имовна штета, за коју је доказано, да је изазвата догађајем који је у питању, а према томе и само она добит, на коју се сигурно могло рачунати, да није било тог догађаја. Проста могућност добити, која би може бити могла наступити, не може се узети у обзор.⁴

Према томе мањак може се веома јако разликовати од вредности или од количине у којој је дотични предмет претрпео смањивање његове вредности, а чијим је одузимањем или смањењем и нанета штета.⁵ У осталом,

да би се стало на пут претераном одређивању мањка, наређено је, код облигација, које нису управљене одмах у почетку на давање мањка, да накнада штете не може изнети више од двогубе количине, оне цене која је уговорена као давање противне стране, или иначе, да процена не може прећи вредност предмета који је управо уговорен, а иста му је посигурно одређена.⁶

Прим. 1. Главно је дело по овом науку: Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht, Thl 2. „zur Lehre von dem Interesse.“ 1855. (о томе Windscheid у Heidelb. krit. Ztschr. II. стр. 525..563.). Срав. Nussbaumer über das Mass des Schadenersatzes. 1855. (о томе Windscheid и. и. м. III. стр. 72 и д.), Cohnfeldt d. L. v. Interesse nach R. R. mit Rücksicht auf neuere Gesetzg. 1865. (о томе Baron у Schletter's Jahrb. XII. стр. 106..120), и Unger Fragmente aus einem System des österr. Obligationenrechts, у Haimerl's Vjschr. XIV. стр. 111 и д. Windscheid 4. и 5. изд. §. 257. 258 Dernburg II. § 74..78. Brinz 2. изд. § 281..281 d. Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hptst. in II. Thl. des (österr.) a. b. G. B. dem österr. Advocatentage erstattet von Pfaff (стр. 1..127.), (о томе Krasnopolski у krit. Vjschr. XXII. стр. 502 и д.), Randa (стр. 128..138). Strohal (стр. 139..168). Unger Beiträge z. L vom Schadenersatz nach österr. R. у Wiener Ztschr. VIII. 4. стр. 209..253. Pfaff z. L. von Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R., тамо VIII. 12. стр. 613..747. Срав. и Endemann Studien II. Nr. VIII. стр. 243 и д.

2 L. 13. pr. D. rat. rem hab. 46. 8. „quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui“. L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amississe dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. L. 33. D. locati. 19. 2. Tantum ei praestabis, quanti eius unterfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. L. 21. §. 2. D quod met. causa. 4. 2. „aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest; (abest) autem nuda possessio cum suis fructibus“. L. 7. Cod. arbitr. tut. 5. 51. „Quidquid... minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint“. Не спада овде L. 2. §. 11. D. који наводи Mommsen стр. 134. прим. 27. ne quid in loco publ. 43. 8. „Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur;“ јер срав. §. 12. ibid. „Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est“. Но срав. још R. D. A. од г. 1600. §. 139. „So viel nun... vor billig geachtet

worden, wann der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, dass er seinem Glaubiger von derselben zeithero... das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye,... so ordnen und wollen wir nachmals, dass solch Interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditorn fünf Gülden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem creditori solch fünf Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wollte, tam ex luero cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, dass ihme alsdann sein gantz Interesse zu deducirn, gebührlich zu liquidirn und zu besehen... unbenommen seyn soll". Томе се не противи L. 26. D. de damno infecto. 39. 2. „scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an luero, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur"; в. још L. 72. (71). §. 1. D. de furt. 47. 2. „... quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi: interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset". Mommseп стр. 137: „Једни закључак, који би се још могао извести из L. 71. §. 1. de furtis тај је, да се пропала (изгубљена) добит само онда узима у обзир кад је могла потећи из какве causa honesta. Међу тим, то је такав закључак, који би морали претпоставити, и кад не би било тог места". Срав. стр. 188 и д. О разлици између мањка (Interesse) и накнади мањка (престацији Interesse) в. Brinz 2. изд. §. 281a, Sainctelette de la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)^a Bruxelles et Paris. 1884. (о томе Völderndorff y krit. Vjschr. XXVII. стр. 434 и д., Krasnopolski y Wiener Zeitschr. XIII. стр. 464 и д.).

3 L. 21. §. 2. D ad leg. Aquil. 9. 2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur (sc. servus), an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. L. 22. eod. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. §. 1. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. — L. 13. pr. D. de act. emti. 19. 1.... Qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit,... si sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corrueunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosii pecoris perierunt, quod interfuit, idonee (idonea) venisse, erit praestandum.

Према томе је уобичајено, да се разликују непосредан (директни) мањак (Interesse) или непосредна штета, utilitas или damnum circa rem ipsam, од посредног (индиректног) мањка (Interesse) или посредне штете, utilitas или damnum extra rem. Али се тим изразима није давао увек један исти појам, а придавате су и неосноване практичке последице том разликовању (срав. прим. 4.), због тога га Mommseп стр. 265. с правом одјује; срав. Cohnfeldt стр. 14 и д. В. још Dernburg Pand. II. §. 45. прим. 15.

3^a То ограничење, као и оно, које је задржато у дефиницији; која је на чelu овог §-а, одговара нају, који данас влада. Доказе о томе код Pfaff-a Gutachten стр. 12. прим. 37. и д. Уз то Brinz 2. изд. §. 239. 281. прим. 29. Wächter II. стр. 287. Међу тим, сад, после разлагања Jhering-a dogm. Jahrb. XVIII. 1. тешко да ће се моћи одржати. Pfaff Gutachten стр. 11 и д. Strohal тамо стр. 140 и д. Unger Beitr. стр. 229. који, у осталом, заступа противно мњење, у колико се тиче аустр. права, Pfaff у Wiener Ztschr. VIII. стр. 637.. 689. Срав. суд G. Lehmann die Schutzlosigkeit der immat. Lebensgüter beim Schadenersatz. 1884. стр. и §. 324. прим. 6.

4 Срав. a) L. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valereret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit; nec illum qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset, etc. в. прим. 2. b) L. 29. §. 3. eod... Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. c) L. ult. D. de periculo. 18. 6. Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. d) L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior sit obligatio, quod tardius agitur, quamvis (aestimatio) crescat, si vinum

hodie pluris sit: merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, (quoniam?) saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. e) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4 Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim? si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod intersuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. Разна мњења у погледу разликовања и давања тзв. непосредног (директног) и посредног (индијректног) мањка или тзв. damnum circa rem и extra rem: α) Посредан мањак (индијректни Interesse), код облигација, које не потичу из недозвољених дела, ваља по правилу накнадити само због несавесности (долуса), а не и због небрежења (кулпе) обvezаног (Göschel §. 396). То је у толико истина, што у случајима последње врсте, правичност може захтевати блажку оцену у проналажењу штете, коју ваља урачунати обvezаном. Unterholzner Schuldverh. I. §. 131. not. f. g. Срав Jhering das Schuldmoment im Privatr. стр. 55 и д. Verm. Schr. стр. 215 и д. Против тога Windscheid Pand. §. 258. прим. 14. β) Само код одређивања мањка због места (Ortsinteresse), долази, по изузену, у обзир свака штета, која би се могла доказати, иначе само обична (der gemeine Gewinn), која је дата самим ствари и њеном обичном наменом (utilitas circa rem ipsam), а код позитивне штете, по правилу, ваља урачунати сваки посредан губитак (Puchta §. 225. not. h.. k. Seuffert §. 236.). То је у толико истина, што се баш у случају утврђења каквог определјеног места плаћања, најлакше може доказати губитак добити условљене особитим околностима, а као сигурне и сасма правичне урачунавиве последице повреде обвезе. Vangerow §. 571. прим. 3. Sintenis §. 86. прим. 21. и Seuffert 4. изд. §. 236. прим. 5. γ) По L. ult. и L. 21. §. 3. cit. нарочито ограничење при израчунавању мањка наступа само при куповини (Hänel, Versuch einer Darstellung d. Lehre v. Schadensersatze 1823. §. 83.) или δ) L. ult. cit. односи, посебице, само на повчане дугове (Mühlenbruch §. 367. Madai von der Mora). Оба мњења немају унутарњег разлога, а последње, посебице, противно је, очевидно, пропису R. D. A. од год. 1600. прим. 2. Срав. још у опште Vangerow, Sintenis, Seuffert н. н. м. Mommsen н. н. м. стр. 137 и д. 255 и д. Cohnfeldt §. 12. 14. Windscheid Pand. §. 258. прим. 10. и д. 18. Pieschel de causarum rerumque nexus in computatione eius quod interest diss. Berol. 1869.

и нарочито Brinz 2. изд. §. 281 b. — Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. I. стр. 1 и д.

5 L. 1 pr. D. de act. emti. 19. 1. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. Срав. a) L. 193. D. de V. S. Haec verba quanti eam rem paret esse non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47. 8. Haec autem actio... datur in duplum quanti ea res erit, quod ad pretium verum rei refertur. L. 1. §. 4. D. si quis ius dic. 2. 3. Нос iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur. L. 9. §. 8. D. ad exhib. 10. 4. Et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit. Против тога б) L. 68. D. de rei vind. 6. 1. Quanti res est, id est: quanti adversarii interfuit. L. 3. §. 11. D. uti poss 43. 17. Quanti res est sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. L. 4. §. 7. D. de damno inf. 39. 2. Quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. Срав. о томе Savigny V. стр. 411.. 460. Puchta §. 224. not. b. Mommsen стр. 45 и д. Brinz 2. изд. §. 281., и о значењу израза aestimatio и pretium rei, који, као и израз quanti res est, не значе увек чисту вредност ствари (стварну вредност, Sachwerth), у противности према мањку (Interesse) напр. L. 36. §. 2. D. de usufr. 7. 1.), Mommsen стр 68 и д. Birkmeier Vermögen стр. 299 и д. — О утицају места и времена на процену (quantus res fuit, q. r. est, quanti res erit): L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 37. D. mand. 17. 1. Savigny VI. стр. 198 и д. Büff über den Zeitpunkt der Schätzung beim Werthersatz, у civ. Arch. XXXIII. 5. 10. Mommsen стр. 198.. 231. Cohnfeldt §. 13. 20. 23. Brinz §. 281 c.

6 L. un. Cod. de sententiis, quae pro eo quod interest profertur. 7. 47. Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coartare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas susci-

piunt, per suam subtilitatem requirere, ut (hoc), quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis persionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigunt, quae cum competenti moderatione (moderamine) proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres (id) quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. Срав. L. 43. у f. L. 44. D. de act. emti. 19. 1. — Спорно питање: да ли се то законско ограничење примењује и код обвеза на накнаду, које потичу из недозвољених дела? Mühlenbruch §. 370. Cohnfeldt стр. 46 и д. 205 и д. Или, на против, да ли и у случају злонамерне повреде каквог облигаторног односа не отпада? Seuffert Erörtr. I. стр. 161 и д. Против тога Sell у његовом Jahrb. I. 5. стр. 183 и д. и Vangerow §. 571, прим. 4. IV. Mommsen стр. 235 и д. Последни се у исто доба изјављује, и то са основом, против мињења, које сад влада, и по коме није стало до цене предмета чињења, обвезе (der Leistung) која је исказана у противчињењу, већ само и увек до праве, стварне вредности самог предмета (срав. Prakt. Arch. n. p. XII. стр. 308. № VI.). Но против тога је Windscheid у Heidelb. Ztschr. II стр. 559, срав. његове Pand. §. 258. прим. 9. Срав. у општеј још Kniep die Mora des Schuldners II. §. 92.. 95. Ude у civ. Arch. LVII. 2. Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. XIV. стр. 112 и д. — О сопственој процени мањка (Selbstschätzung des Interesse) заклетвом в. горе §. 115. № 3. Mommsen н. н. м. стр. 259 и д. Brinz §. 281 д. Да ли L. un. Cod. cit. не стоји у сукобу са царев. грађ. пост. §. 260? Dernburg Pand. II. §. 45. прим. 15.

е). Плаћање интереса.

§. 207.

Интерес^a, usura^c, је накнада која некоме припада, за дозвољено му или одузето користовање са извесном количином замењивих ствари, у истој врсти^d, сразмерно количини и времену. Обвеза плаћања интереса претпоставља главни дуг, коме су предмет замењиве ствари^b,

^a a Dig. de usuris et fructibus. 22. 4. Cod. de usuris. 4. 32. b L. 23. L. 26. §. 2. (1). Cod. h. t.

поглавито новац^e, (caput^f, sors^g, капитал, главно). Интерес је правни плод^h тог главног дуга, који се разликује од рентаⁱ, нпр. интереса од тзв. вечног новца (Ewiggeld), тиме што овима не одговара никаква тражбина управљена на главну суму.^j

Обвеза плаћања интереса, може, са разних основа, већ по закону, бити везана са каквим глав. дугом, који може дати интерес. То је тзв. законска обвеза плаћања интереса.^k Осим тога, а увек под претпоставком главног дуга, може обвеза плаћања интереса постати на основу правног посла, последњом вољом^l, а нарочито уговором^m, отуд уговорна обвеза плаћања интереса.ⁿ Обвеза плаћања интереса може бити и формално само акцесорни (пратежни) састојак главног дуга или независна од истог, као засебна облигација, и ако из истог потиче. У првом случају интерес се може тражити, као споредна ствар, само са тужбом којом се тражи главни дуг, дакле само дотле, докле тој тужби има места^k. У другом случају могућа је самостална тужба за интерес, кад и у колико је плаћању интереса дошло време^l. Но у том се случају претпоставља, по правилу, какав прав. посао као основ постанка обвезе плаћања интереса.ⁿ

Прим. 1. Срав. у општеј Heimbach у Rtslex. XV. стр. 389..462. Unger у Heimerl's Vjschr. XIV. стр. 117 и д. Förster I. §. 68. Randa z. L. v. d. Zinsen und d. Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf d. österr. Ges. v. 14. Juni 1868. u. d. norddeutsche Bundesges. vom 14. Nov. 1867. Wien 1869. Pernice Labeo II. стр. 263: „usura значи награда за користовање“. Brinz 2. изд. §. 308.

^a c L. 121. D. de V. S. срав. прим. 2. ^b d L. un. §. 2. Theod. Cod. de usur. rei jud. 4. 19. ^c e L. 20. D. h. t. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 58. §. 1. D. de adm. 26. 7. и др. ^d f L. 121. cit. L. 34. D. h. t. §. 55. прим. 3. 4. ^e g Dig. de annuis legatis. 33. 1. ^f h L. 3. §. 6. D. 33. 1. ^g i L. 17. §. 4. L. 41. §. 2 D. h. t. L. 24. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 4. 11. (12). eod. L. 30. D. h. t. ^h k L. 49. §. 1. D. de act. emti. 19. 4. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 13. Cod. h. t. cf. L. 23. D. de exc. rei jud. 44. 2. ⁱ l L. 1. Cod. de iud. 3. ^j 1. cf. L. 23. cit.

2 Може ли бити интереса код оног главног дуга, коме није предмет каква заменјива ствар? а) L. 25. Cod. h. t. Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas sol vi vel promitti usuras iussimus. Cf. L. 3. §. 4. D. h. t. L. 8. Cod. si cert. pet. 4. 2. У L. 25. cit. готово би ваљало читати recte место et veste, као што је Jhering предложио у dogm. Jahrb. XII. стр. 338., али и у Basil. XXIII. 4. cap. 73. налазимо: ὅπερ ἐσθῆτος. Против те примедбе Jhering у dogm. Jahrb. XII. стр. 337 и д. Huschke у civ. Arch. LXV. 7. стр. 231. предлаже: et aere. б) L. 17. §. 8. D. h. t. Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est, et, nisi posuerint heredes, usuras reipublicae usque ad tertiam centesimae pendent. б) Давање других користи испацем усурараум: L. 14. 17. Cod. h. t. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. — У nov. 72. cap. 6. означава се капитал (главница) са изразом τὸ ἀρχαῖον међу тим Булгата преводи ἐπὶ τοῦ ἀρχαῖος погрешно са in antiquis.

3 Законска обвеза плаћања интереса наступа а) због одочњења у плаћању каквог новчаног дуга, нешто по општим начелима о развлаци, одвлаци, L. 32. §. 2. D. h. (тзв. интерес због одочњења, одвлаке, Verzugszinsen § 251.), нешто по нарочитом законском пропису нарочито могу: а) држав. благајна и малолетни, ови последњи до пунолетства, рачунати интерес одмах код сваког новчаног дуга, коме је рок дошао, L. 17. §. 5. 6. L. 43. D. h. t. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 40. (41.) L. 87. §. 1. D. de legat. II. То исто може б) продавац тражити на куповну цену, од времена кад је купац добио државину пац купљеним предметом, L. 13. §. 20. 21. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. Cod. eod. 4. 49. Срав. уз то §. 208. прим. 2; б) због бесправне употребе туђег новца на сопствену корист. L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10. 12. D. de adm. tut. 26. 7.; с) у опште због обвезе на давање мањка (Interesse §. 206.), у колико је у истом обухваћен интерес. Али у случајима те врсте, није толико говор о правој обвези плаћања интереса, као прираштају главног дуга, колико о рачунању могуће добити интереса, ради определења главне садржине облигације. Тако нпр. кад руковац туђег имања пропусти да новац који се нађе да под интерес, и због тога је дужан да даје накнаду, ту имамо обвезу на накнаду (Ersatzverbindlichkeit), која је потпуно равна свакој другој могућој садржини главне облигације из деловодства (Geschäftsführung), а која, према приликама, може бити и једином садржином њеном. L. 17. §. 7. D. h. t. L. 18. (19.) §. 4. D. de negot. gest. 3. 5. L. 7. §. 3. L. 15. D. de adm. 26. 7. Срав. Unterholzner I. стр. 323 и д. Против тога Sintenis

§. 87. прим. 19. 25. У осталом ваља још приметити: а) L. 17. §. D. h. t. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat;... cum autem in locum privati successit, etiam dare solet. О томе једно решење опште седнице Касац. Суда у Минхену, од 5. Јуна 1844. вели: „Осим интереса због одвлаке, ова се привилегија не може проширити на друге облигације и интересе“. Seuffert §. 245. прим. 11. бб) L. 22. D. de donat. 39. 5 Eum, qui donationis causa pecuniam... promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere. Cf. L. 16. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. de pollicitat. 50. 12. cc) L. 9. D. de mag. con. 27. 8. Constitutum est, poenarum usuras peti non posse. Cf. L. 1. Cod. de fiscalibus usuris. 10. 8. Dernburg 2. §. 37. 38. Wächter §. 174. Beil. I., који је, посебице (стр. 301), противан томе, да законска обвеза плаћања интереса у случајима под а) а, б, наступа само код новчаних дугова. Његово тврђење, да је то читање и у аустр. праву решено онако како он схваћа, оснива се, нема сумње, на томе, што је превидео аутент. тумачење §. 1333. грађ. зак. (Цар. декрет од 18. Јануара 1842), по коме важи баш противно.“

4 Претпоставку за постојање обвезе плаћања интереса ствара плаћање интереса, које се понавља кроз дуже време, L. 6. D. h. t., што је погрешно схваћено, као постанак обвеза плаћања интереса застареломашу. Cf. L. 7. Cod. h. t. Heimbach н. и. м. стр. 394. 413.

5 L. 49. §. 1. D. 19. 4. Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. L. 60. (58.) pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1.: usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt; cf. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. Usurae enim in bonae fidei iudicis etsi non tam ex obligatione proficiuntur, quam officio iudicis applicentur etc. Срав. Girtanner Bürgschaft II. стр. 413. L. 4. Cod. 4. 34. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Против тога L. 1. Cod. 3. 1. Iudicio coepito, usurarum stipulatio non est perempta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. При свем том, подизање глав. тужбе само због интереса, у случајима где officio iudicis usurae praestantur, није безусловно искључено, arg. L. 23. D. 44. 2., који Mühlenbruch §. 371. прим. 4., погрешно тумачи. Срав. Keller Litiscontestatio стр. 536 и д. Savigny VI. стр. 452. not. 2. стр. 160. Bekker Consumtion стр.

240. Seuffert's Arch. VI. 321. и Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 181. (civ. Schr. III. стр. 513) и д. Unger п. н. м. стр. 122. (прим. 8.) Windscheid §. 259. прим. 10. Westerburg Einfluss der res iudicata auf nicht erwähnte Zinsen, у prakt. Arch. п. р. IX. Abh. VII. сдр. 215 и д. — Израз officio iudicis п. р. значи у првом реду само то, да услед главне тужбе, судија има досудити интерес, ма да није у формули означен као предмет прве, као нешто, што је обухваћено у оном *quanti ea res est* или *quidquid dare facere oportet*, што је могло бити и дејством нарочитог уговора (*pactum adiectum-a*), само ако формула није гласила на *condemnatio certae pecuniae*. Savigny VI. стр. 128. и д. Но, када је интерес досуђен једино на основу officium-a iudicis, онда то мора потицати из правне природе главне облигације (обвезе), дакле мора се оснивати на каквом правном наређењу (*Rechtssatz*). На супрот томе, у појму законског интереса не лежи то, да се законски интерес може тражити само са главном тражбином и са глав. тужбом, у шта би се нарочито са основом могло посумњати у случају а. β. у прим. 3. Carus die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach Röm. gem. Deutsehen R. und d. neueren Gesetzgebung. Gekrönte Preisschrift. 1876. о томе Regelsberger у krit. Vjschr. XIX. стр. 303 и д. Срав. још Gimmerthal über d. Officialzinsen у civ. Arch. LXI. стр. 370 и д. и сад Brinz 2. изд. §. 244. 308. Wächter §. 168. Einführges. z. R. C. P. O. §. 14. Z. 5. са Грађ. пост. §. 279. од 1., уз то Mandry Reichsges. стр. 204. (2. изд. стр. 285.) и д. и Dernburg Pr. P.R. 2. изд. II. §. 38. на крају. Ruhstrat у civ. Arch. LXV. 9. стр. 277 и д.

§. 208.

Величина интереса који ваља плаћати^a, у границама законским, (§. 209.), одређује се, у случају где је обвеза плаћања интереса заснована прав. послом, подгодбом, но она се може смањити, за у будуће, примањем мањег интереса, без ограде^b. За законски интерес у неколико је законски утврђена². Где то није случај, то се управља према интересу, који би поверилац, по земаљском обичају и закону могао добити од позајмљивања новаца^b.

^a L. 5. 8. Cod. h. t. ^b L. 1. pr. D. h. t. L. 37. (38.) D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10. D. de adm. 26. 7. L. 39. §. 1. D. de legat. 1.

Прим. 1. Сразмера у којој стоји интерес, који се има платити за неко извесно време, према главној суми, зове се стопа интереса (*Zinsfuss*, законска, уобичајена, уговорена). Данас се та стопа исказује обично са назначењем годишњег процента, а код Римљана месечног. Отуда centesimae usurae = један од сто, месечно = 12 процената годишње, semisses usurae = $\frac{1}{2}$ од centesimae usurae = 6 процената годишње, trientes usurae = $\frac{1}{3}$ од centesimae usurae = 4 процента годишње, besses usurae = $\frac{2}{3}$ од centesimae usurae = 8 процената по данашњем итд. Но у доцније доба centesimae usurae равнале су се $\frac{1}{8}$ капитала или $12\frac{1}{2}$ процената годишње, јер су се годишње рачунале 3 силикве (24 делова) на сваки солид. капитала. Interpret. ad L. 2. Theod. Cod. de usur. 2. 33. cf. Nov. 32. cap. 1. Nov. 34. cap. 1. Jac. Gothofred. ad L. 1. 2. Theod. Cod. 1. c.

Рим. право утврђује а) 12 процената годишње α) за usurae rei iudicatae по истеку законског рока намирења (исплате) од 4 месеца, али само на првобитни капитал, а не и на досуђени интерес. L. 2. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. Изврн. зак. уз Грађ. пост. за Немачку §. 14. бр. 4. укинуто; β) за интересе, које ваља платити сопственику за трошкове учинење око оправке дотич. имања. L. 4. Cod. de aedific. priv. 8. 10. (§. 133.). б) 4 процента годишње α) у случају §. 207. прим. 2. а. β. β) за интерес од обећаног мираза, а тако исто и од оног, који ваља вратити. L. 31. §. 5. (2.) Cod. de 5. 12. L. un. §. 7. b. (7.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. γ) код завештања под условом останка у удовом стању. Nov. 22. cap. 44. §. 4. cf. Nov. 2. cap. 4. с) 3 процента у једном једитом случају по L. 12. §. 1. (pr.) Cod. de pet. hered. 3. 31. д) редовни законски максимум интереса (§. 209.), за интересе, које би какав деловођа имао да врати, због бесправне (неовлашћене) употребе новаца на сопствену корист. L. 37. (38.) D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. §. 4. 10. D. de adm. tat. 26. 7. L. 1. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. У тим се местима спомињу maximae или legitimae usurae, под којима су се, у време њихових писаца, разумевале centesimae usurae, док се у Јуст. (§. 209.) праву под тим разуму само 6% процената, премда се и у њему изузетно јеш налазе centesimae usurae. Puchta §. 228. not. aa. Тако се исто и држав. благајни досуђују 6 проц. (semisses usurae) L. 17. §. 6. D. h. t. — О данашњој примени тих одредаба срав. §. 210.

§. 209.

По римском праву обвеза плаћања интереса подлежи овим законским ограничењима: 1) стопа интереса,

по правилу^a, не треба да износи више од 6 процената годишње.¹ 2) Интерес на интерес (*usurarum usurae*) не може се узимати^b, било тако, да се накупљени интерес урачуна у капитал, главнику, (тзв. *anatocismus contingutus*), или тако, да се као засебан капитал даје под интерес (тзв. *anatocismus separatus*).² 3) Сума заосталог интереса не сме порастити *ultra alterum tantum*^c, т.ј. не може бити веће но што је сума самог главног дуга.

Повреда тих прописа сматра се као кацишарење (*Zinswucher*). Правни послови, у колико би им, отворено или скрито^d, противни били, сматрају се, да не важе и не оснивају никакву тражбину^e. Плаћање интереса противних закону смањује, само по себи, главни дуг и ствара, када је исти већ измирен, тужбу на повратак истих^f. Да би се стало на пут оближењу закона, оглашено је за недозвољено, узимање интереса у напред, одбијањем истог од главне суме^g, тако, да се као капитал сматра само оно што је доиста дато^h.

Прим. 1. По старијем праву *centesimae usurae* био је по правилу, највећи законом дозвољени интерес. Јустинијан га је свео на половину, али са овим изузетима: а) трговци и фабриканти могу уговорати и 8 процената, док б) лица у рангу *Illustres* или још већег ранга плаћају само 4 процента годишње, с) код *foenus paucitatum* (Dig. 22. 2.), који је до тога доба био неограничен, као и код зајмова у другим предметима а не у новцу (*specierum foenori dationes*) дозвољено је узимање 12 процената или боље $\frac{1}{8}$ капитала. Против првог дела овог става устао је сад Jhering у dogm. Jahrb. XIX. стр. 2 и д., који поменуто ограничење не односи на бродарске интересе (премија осигурања) већ на интерес по унутрашњости (*Landzinsen, usurae communes*), који су капиталисте по унутрашњости обично узимали. Но против Jhering-a в. Brinz Pand. 2. изд. §. 298. прим. 36. и Buechel d. gesetzl. Zinsmaximum

a L. 26. §. 1. sqq. (§. 1.) Cod. h. t. b L. 26. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27. D. de re iud. 42. 1. L. 29. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. c L. 26. §. 1. D. cit. L. 10. 27. §. 1. Cod. h. t. d L. 44. D. h. t. L. 43. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. e L. 9. pr. L. 29. D. h. t. L. 26. §. 1. L. 27. pr. Cod. h. t. L. 3. §. 6. D. de ann. leg. 33. 1. f L. 26. pr. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 18. 26. §. 4. (§. 1.) Cod. h. t. g L. 26. §. 4. (§. 1.) Cod. l. c.

beim foen. naut. nauf. nach L. 26. Cod. de usur. 4. 32. Erlangen 1883. Осим случаја под с) дозвољаван је толики исти интерес још у једном случају (§. 208. прим. 2. а. β.), а доцније у још једном (*ibid. α.*). За земљораднике, посебице, Јустинијан је доцније ограничио интерес, код новчаних дугова, на 4 процента или тачније на једну синикувку од сваког солида. Nov. 34. cap. 1.

2 Није анатоцизам, кад се плаћени интерес понова да под интерес, а тако исто, није противно забрани анатоцизма, кад је неко, као деловођа, за другог узео интерес, па се са своје стране, обвеже, да од тога опет да интерес. L. 10. §. 3. D. mand 17. 1. L. 7. §. 12. D. de adm. tut. 26. 7. (§. 207. прим. 3.). Спорно је: да ли интерес, новацијом, која није извршена *in fraudem legis*, не губи карактер интереса и према томе, да ли не може и сам бити под интересом? За то је Puchta §. 229. not. ii. Против тога су Fritz Erläutr III. стр. 64 и д. Sintenis §. 87. прим. 49. Seuffert's Arch. II. 150. Heimbach н. н. стр. 451 и д. arg. L. 28 §. 1. (L. 28.) Cod. h. t. „Nullo modo licere cuicunque usuras praerediti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari.“ Cf. L. 3. Cod de usur. rei iud. 7. 54. (§. 208. прим. 2. а. α.). У његовим Инст. III. §. 261. код not. cc. 8. изд. II. стр. 325 и Пухта вели, да је Јустинијан забрану анатоцизма поопштио тиме „да заостали интерес не може доносити интерес.“ Срав. још Brinz 2. изд. §. 308. прим. 10.

3 Јустинијан је шта више наредио, што није било паметно, да се и плаћени интерес урачуна у *alterum tantum*: L. 29. 30. Cod. h. t. Nov. 121. cap. 2. Nov. 138. 160., али су та места остала без глосе. Срав. у опште W. Sell у његовим Jahrb. 1. 2. стр. 15 и д. Heimbach н. н. м. стр. 428.. 449.

4 Плаћање интереса у напред, пре рока плаћана, није, у осталом, недозвољено; L. 5. 7. pr. D. pact. 2. 14. L. 2. §. 6. D. de doli except. 44. 4., у колико се под тим не би крило недозвољено кацишарење. Срав. Sintenis прим. 55.

§. 210.

Канонско право забранило је сасвим узимање интереса и послове, који би се сводили на исти (*Zinsgeschäfte*), огласило за неважеће. Но тиме није била исключена ни тражбина због мањка (*Interesse*, §. 206.), због одочњеног плаћања новчаних дугова, ни куповина ренте, давањем једне главне суме, као куповне цене

за исту.¹ Но у Немачкој, праксом, која је била у том погледу одлучна, и коју су потпомогле поједине одредбе царевинских законса, понова је призната дозвољеност послова, који би доносили какав интерес. Тиме су, уједно, добили понова њихову примењивост прописи рим. права о интересу у опште. Но законска стопа интереса сведена је на 5 од сто годишње,² а примењивала се и у оним случајима, у којима је по рим. праву, изузетно, било дозвољено узимање интереса већег од 6%.³ На послетку, закони нове немачке царевине, у најновије доба, поред дубоких промена раније изведених у тргов. зак. чл. 287..293, дали су законодавству у погледу интереса, нов правац. С једне стране у томе, што су ранија ограничења приватне воље, у погледу величине интереса укинута,⁴ с друге стране у томе, што су постављена нова мерила за појам кацишарања.

Прим. 1. О канонском праву в. X. de usuris. 5. 19, у 6to. 5. 5. Clem. 5. 5. Böhmer ius. eccles. lib. V. tit. 19. Endemann Studien in der roman. canon. Wirtschafts und Rechtslehre I. (1874.) II. (1883.) passim, нарочито Nr. I. стр. 9 и д., Nr. X. (II.) стр. 359 и д. (о томе Inama у Wiener Ztschr. II. стр. 617 и д.; срав. тамо XI. стр. 483 и д.) Funk Geschichte des kirchlichen Zinsverbots. 1876. (о томе Brinz у krit. Vjschr. XVIII. стр. 566 и д.) Meurer Heilige Sachen I. стр. 28.

2 На по се односе ове одредбе царевинских законса: а) R. P. O. од 1577. Tit. 17. §. 9. „Und nachdem die Widerkaufs-Gültten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit hundert Gülden Haupt-Gelds nicht mehr dann Fünff Gülden jährlicher Gültten, wie gebräuchlich, gekauft werden.“ б) R. P. O. Tit. 20. §. 6. „Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff vom hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn.“ в) R. D. A. од 1600. §. 139. срав. §. 206. прим. 2. д) J. R. A. од 1654. §. 174. „Anreichend die künftige Zins und Interesse“ (т.ј. од дугова, који су постали за време тридесето-годишњег рата) „sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkaufflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, ... weiter nicht als Fünff pro Cento alle und jede Jahre... bezahlet... werden.“ Срав. Gerstlacher's Hdb. d. Reichsgesetze X. §. 83. 87. 91. 92. стр. 2113 и д. 2132 и д. Emminghaus Corp. iur. germ. II. стр.

92. 100. 197 и д. 349 и д. Fritz Erläutr. III. стр. 46 и д. Heimbach н. н. м. стр. 423 и д. Wächter II. стр. 295 и д. Endemann н. н. м. II. Nr. VI. стр. 103 и д. Nr. XI. стр. 383 и д.

3 Срав. §. 208. прим. 2. §. 209. прим. 1. Но од тога се изузима foenus nauticum (§. 283.). Тако исто, није искључено ни урачунавање мањка (Interesse), који би више износио (§. 206. прим. 2.). С друге стране, даље се, без икаквог говора, досуђују 5 процената и у случајима из §. 208. not. b., као што је то у R. D. A. од 1600. §. 139, у погледу новчаних зајмова и интереса због одоцњења (Verzugszinsen) изрично прописано: „der Vermuthung halben, dasz der creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom hundert fünf wöhl haben möge“. Д. уз то Behrend у Ztschr. für Rechtsgesch. XIV. Germ. Abth. стр. 85. и д. Нема право Puchta §. 229. not. bb. што са тог основа оспорава законитост праксе, која у томе гледа законско одређивање интереса због одоцњења, јер R. D. A. исказује изрично намеру: „damit die Partheien in puncto liquidationis an unserm Kays. Cammer-Gericht des langweiligen Procesz enthoben seyn möchten, auch letzt gemeldt Cammer-Gericht damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen“, иpareћује положењи од горње претпоставке, да се „derentwegen den Creditoren fünf Gülden von hundert bezahlt werden“ и т. д. Срав. Gerstlacher н. н. м. §. 87. стр. 2133. Има их, који се у другим случајима држе прописа рим. права о стопи интереса, противно сталној пракси, Seuffert §. 233. срав. Windscheid §. 260. прим. 4.

4 Срав. Mandry Reichges. стр. 295 и д. (2. изд. стр. 401 и д. 533 и д.) Windscheid 5. изд. §. 260. 261. Dernburg Pr. Pr. R. 2. изд. II. §. 36. 292. Schwarze Reichsgesetz betreffend den Wucher v. 24. Mai 1880. Erlangen 1881. Brinz 2. изд. II. стр. 564 и д. Слично развиће наступило је и у Аустрији. Срав. зак. од 14. December 1866., 14. Juni 1868., 19. Juli 1877. и 28. Mai 1881. Chorinsky der Wucher in Oesterreich. 1877.

5 Царев. закон о интересу (зак. северонемачког савеза о уговорним интересима) од 14. Nov. 1867. оставља (§. 1.) „величину интереса, као и величину и начин накнаде за учњени зајам и друге кредитиране тражбине... слободном договору“ и укида оне приватно-правне и кривичне одредбе, које су том стојале на пут. Но и он (§. 2.) задржава 6% год. као највећу стопу интереса у тојлико, што, по правилу (изузеће код исправа на имаоца, трговачких зајмова, дугова трговачких из трговачких послова) дужник, који је обећао већи интерес, има право на погодишњи отказ интереса.“

Међу тим „од тог права не може учинити употребу одмах по закљученом уговору, већ тек по истеку по године.“ Даље, то се право отказа не може уговором ограничити или искључити, али (§. 5.) закони поједињих савезних држава (земаља) могу то право укинути или определити „да је меродавна стопа интереса већа од 6% или рок за отказ дужи од 6 месеци.“ Према томе остале су недирнуте забрана анатоцизма (укапитализирања), па и узимања интереса *ultra alterum tantum*, у колико нису укинуте чл. 291. 293. трг. зак. Отпала су опет одредбе, да је 5% највећа стопа интереса (нарочито — §. 3. пом. зак. — оглашен је за, меродаван уговорени интерес, ако је већи од законског, и за интерес због доцње), даље, забране узимања интереса у напред, одредбе о не важењу уговора, који би били томе противни, о праву тражења натраг оног што је вишемајено, као и о праву урачунавања суме у напред дате у отплату.

6 Царев. зак. о кајишарењу од 24. Маја 1880., чл. 1.: „Ко се користи нуждом, лакомисленошћу и неискусношћу неког другог, и за зајам или почек какве повлачење тражбине, за се или за неког трећег, уговори такве имовне користи, које обичну стопу интереса у таквој мери прелазе, да према приликама датог случаја обећане имовне користи стоје у приметној несразмери према давању (*Leistung*), казниће се... због кајишарења...“ Казне се повећавају, ако би дотични „за се или трећег, кајишарске имовне користи, уговорио, прикривено или у виду менице, или са залагањем части, на часну реч, или са сличним уверавањима или утврђивањима“. Уговори, који би били противни овим одредбама, не важе, а за оно што је већ дато дотични имају право на кондикције, које томе одговарају.

§. 211.

d). Плаћање казне.

Из повреда права, може потећи и обвеза, да се повређеном, поред просте накнаде, да још нешто, у име казне (§. 98.). Таква се казна може и уговорити (тзв. конвенционална казна, уговорна казна, *Conventionalstrafe, Strafgeding*¹⁾, кад се неко уговором излаже каквој имовно-правној штети, за случај, да нешто учини или не учини, да какво друго чињење с његове стране не изврши онако како би требало²⁾. У таквом слу-

a §. 7. J. de V. O. 3. 15.

чају, постоји условно обећање³⁾, код кога се гледа само на то, да ли је по себи обећање те садржине под тим определеним условом дозвољено и да ли вреди⁴⁾. Смер је таквом обећању, да оно друго чињење, чинбу (*Leistung*) осигура или потпомогне⁵⁾. Могуће је, али не мора бити, да је та чинба предмет какве за се постојеће, важеће облигације⁶⁾. Уговорна казна може послужити и за то, да посредно потпомогне какву чинбу, у којој нема никаквог имовно-правног интереса, или се исти може тешко доказати или за коју се, са другог узрока, не стиче тражбина⁷⁾. Но ако уговорна казна служи томе, да осигура неку другу облигаторну чинбу, то онда она може стожати према истој у разном односу. Уговарање може бити 1) на чисту казну управљено, тако, да главна обвеза, без обзира на исту, остаје у њеној потпуној важности⁸⁾. Но оно 2) може имати и тај смер, само да у напред утврди мањак (*Interesse*) повериоца, који се онда не мора тек доказивати, а због потпуног неиспуњења или непотпуног испуњења, и то тако, да се не могу тражити и казна и мањак, већ само вишак од једног или другог⁹⁾. И 3) оно, нарочито, може имати смисао, да се обвешани, по свом нахођењу, може плаћањем казне ослободити главне обвезе (тзв. пишманлук, *Wandelpöñ, multa poenitentialis*), у ком случају постоји управо алтернативна (бираљива), облигација¹⁰⁾. Шта је се хтело од тог трога у поједином случају, опредељује се тумачењем воље²⁾. Но у сумњи, осим где би против тога говорила сијушност казне у сразмери према мањку, ваља пре узети, да је се ово последње хтело обухватити уговарањем исте¹¹⁾.

b L. 61. 69. 123. 134. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. (§. 209. not. d.) спр. §. 72. c L. 71. D. de V. O. d L. 115. D. de V. O. L. 16. D. de transact. 2. 15. e L. 38. §. 17. D. de V. O. §. 19. 21. J. de motil. stip. 3. 19. cf. L. 3. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 11. D. de stip. praet. 46. 5. f L. 115. §. 2. D. cit. L. 16. D. cit. g L. 41. 42. 71. pr. D. pro socio. 17. 2. L. 28. 47. D. de act. emt. 19. 1. L. 23. pr. D. de recept. 4. 8. L. 12. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 10. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 45. D. de transact. 2. 15. h L. 115. cit. in f. i L. 34. D. de R. J. (§. 75. not. k.)

Уговарањем какве казне, може чинба (Leistung), које се хоће тиме да осигура, да добије у неку руку, недељив карактер, ма да је по себи дељива^k, а на име, у толико у колико казна наступа и ако је један део чинбе испуњен³.

Прим. 1. Срав. Savigny Obligationenrecht II. §. 80. Lang Kritik des bayer. Entw. II. стр. 30 и д. Randa zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe 1869. F. Mans v. d. Conv.-Strafe I. 1876. (о томе Wendt у Jen. Litztg. 1876. Nr. 21.) Dernburg II. §. 39 . 42. Модерни закони о интересу (§. 210. н. кр.) дотичу се и уговорних казна. Срав. Mandry н. н. м. стр. 298 и д. 304. (2. изд. стр. 403 и д. 410). У осталом, казна се може установити и последњом вољом. §. 491. прим. 4. Neuenfeldt Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincip nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin. 1885.

^{1^a} Но срав. и Vangerow-a §. 614. прим.

2 360g L. 44. §. 6. D. de O. et A. 44. 7. више се нагињало томе, да је у томе условно укидање првог обећања (новација §. 268), кад је главна обвеза била стипулација а казна је тек за тим условљена, док тако није било код *bonae fidei contractus-a*, по пот. g. Срав. у осталом Maxen Beweislast стр. 225 и д. Windscheid §. 285. 286. Wendt dogm. Jahrb. XXII. стр. 398 и д. нарочито стр. 406 и д. вели да је погрешно, што теорија која данас влада довољи у везу уговорну казну са питањем о мањку (в. текст № 2). Према њеном појму, суштина је уговорне казне само у принуди (Coercitio).

3 Срав. Ubbelohde untheilb. Obl. §. 17. стр. 121 и д.

С. Субјекти облигације.

§. 212.

У свакој се облигацији налазе, битно, два лица, поверилац и дужник (§. 201.). Ако је облигациони однос такав, да само једно од њих има нешто да тражи а друго то да учини, онда је облигација једнострана, тзв.

^k L. 25. §. 13. D. f. m. erc. 10. 2. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. §. 3a (3). 4. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. eod. L. 9. §. 1. D. si quis caut. 2. 11.

obligatio unilateralis. Но има таквих облигационих односа, код којих је битно, да се стицање тражбине веже, у исти мах, са примањем какве обвезе, да дакле оба субјекта постану у исти мах и поверилац и дужник. То су узајамне облигације (*gegenseitige Schuldverhältnisse*), тзв. *obligationes bilaterales*. Од тих облигација ваља још разликовати такве облигације, код којих битно и у првом реду само за једну страну постаје обвеза, али код којих, са особитих околности, може постати и против тражбина оног који је, битно, био сам обвезан, тзв. *obligationes bilaterales inaequales*.

Прим. Срав. доле §. 234. и Wächter §. 176. 185. Прил. или и Brinza 2. изд. §. 224. и још можда Walter Encyclop. §. 168.

§. 213.

Најпростији је случај облигационог односа, кад један поверилац има нешто да тражи, а један дужник да то учини. Но може и то бити, да је једна чинба исте материјалне садржине, у исто доба, предмет тражбине или обвезе више лица, која имају права, без везе међу собом, да један исти предмет, сваки за се, траже, односно, који су сваки за се обвезани да учине нешто^a. У том случају постоје више међу собом независних облигација, које се само међу собом, у погледу предмета, сукобе. Даље, може и то бити, да је каква тражбина или обвеза, одмах с почетка или услед доцније наступљених прилика, тако подељена међу више лица, да је свако од тих лица у праву, да тражи један део, а ни једно цео предмет, или да је свако од њих обвезано само на један део чинбе^b. И у том случају имамо више облигација, од којих је свака управљена на један део извесне чинбе^c.

^a L. un. §. 11 . 11 d. (§. 11.) Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 55. §. 4. D. de adm. 26. 7. b L. 11. §. 1. 2. D. de duob. reis. 45. 2. L. 85. pr. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 31. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. L. 43. D. de re iud. 42. 1. L. 1. 2. Cod. si plur. una sent. 7. 55. L. 5. Cod. si certum pet. 4. 2.

Но више лица могу у погледу једне исте чинбе, постати повериоцима или дужницима тако, да је сваки од њих у праву, да целу чинбу тражи, односно, да је сваки од њих дужан да целу чини, али, да се чинба има само једном извршити, једном повериоцу, односно од једног дужника, да, дакле, тражбина или обвеза више дужника или поверилаца има потпуно једну исту правну садржину. Такав облигациони однос зове се колективан, скупни, задружни облигациони однос (*Gesammtschatuldverhältniss*). У првом случају постоји колективна, скупна, задружна тражбина, а повериоци се зову колективним, скупним, задужним повериоцима (*Gesamtgläubiger*). У другом случају имамо колективну, скупну, задужну обвезу (*Gesammtschatuldverbindlichkeit*), а више дужника зову се колективним, скупним, задужним дужницима (*Gesammtschatuldner*). Стварање колективне тражбине може послужити томе, да се олакша заинтересованим повериоцима остварење тражбине, јер сваки од њих може, самостално, изаћи према дужнику као поверилац и захтевати целу чинбу. Колективна обвеза постиже двојаки смер, не само што олакшава повериоцу постизање његовог права, већ му осигурава и његово испуњење, јер може, како му је згодније, једног или другог дужника потргнути, а против штете је осигуран, докле год је само један међу њима у стању да плати или докле год се само један међу њима у том стању налази¹. По римском праву, такав облигациони однос могао се створити, нарочито, заједничким колективним вербалним уговором², и то: колективна тражбина, кад упитани на питање више њих да приличан одговор и обвеже се, да једно исто свима учини; колективна обвеза, кад више њих на питање једног даду приличан одговор и обвежу се, да сви једно исто учине³. У првом случају повериоци се зову *duo* или *plures rei stipulandi*, а у другом дужници *duo* или *plures*

rei promittendi^c. Но и код других облигационих уговора може се, нарочитом одредбом, створити колективна тражбина или обвеза више њих^d, тако исто, могуће је то да буде и у путу опоруке, завештања (*Vermächtniss*), ако је тестатор тако хтео^e, и да послетку, може и законска одредба везати посвакан таквих облигац. односа за какво друго обличје (*Thatbestand*)^f. На те даље случаје односи се израз: *duo rei credendi* или *debendi*, и са последњим је једнаког значаја, и у ширем смислу, *duo rei promittendi*. Колективан, задужни дужник назива се једним именом *correus*^g, и по томе је модерна терминологија назвала колективан облигациј. однос кореалном облигацијом, *obligatio correalis* (*Correal obligation*) и то колективну тражбину, активном кореалном облигацијом, а колективна обвеза пасивном кореалном облигацијом^h.

Кад се тзв. кореална облигација посматра као целина, она се јавља као једна истоветна облигација (*una eademque obligatio*)ⁱ, а једна иста чинба, коју ваља само једном испунити, садржина је њена. Но у исто доба се јављају више њих, активно или пасивно, подједнако као субјекти облигације, као повериоци или дужници, и у толико је говор о више облигација^k. Кореална је облигација објективно једна облигација са вишеструким субјективним односом, на поверилачкој или дужничкој страни^l. Кореална облигација има, очевидно, и извесно сродство са алтернативном (биљивом) обли-

^c Inst. de duabus reis stipulandi et promittendi. 3. 16. Dig. de duabus reis constitutendis. 45. 2. Cod. de duabus reis stipulandi et duabus reis promittendi. 8. 39 (40). ^d L. 9. pr. D. h. t. L. 13. §. 9. D. locati. 19. 2. L. (1.) Cod. h. t. (код Кригер-а у прим. 11.) cf. L. 17. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. ^e L. 9. pr. cit. L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III. — L. 16. D. de legat. II. cf. L. 4. pr. §. 1... 1 c. (§. 1.) Cod. de V. S. 6. 38. ^f L. 34. pr. D. de recept. 4. 8. ^g L. 9. pr. cit. ^h L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. ⁱ L. 2. 3. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 14. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. pr. §. 1. J. h. t. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 116. D. de V. O. 45. 1. ^k L. 3. pr. L. 9. §. 2. L. 13. D. h. t. L. 5. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 128. D. de V. O. 45. 1.

гацијом (§. 202). Као год што код ове исте истоме једно или друго име да учини, тако се код оне једно исто има једном (или од једног) или другом (или од другог) да учини. Кореална би се облигација могла готово назвати субјективно-алтернативном (бирљивом) облигацијом⁶. Сваки колективни поверилац, посебице, може за се тражити целу чинбу, подићи тужбу за целу чинбу (*in solidum*); сваки колективни дужник може бити тужен за целу чинбу (*Leistung*) (*in solidum*)¹; али потпуно испуњење исте према једном повериоцу, односно од једног дужника, неминовно повлачи за собом престанак облигације за све^m. То исто дејство морају имати и други догађаји, који се сматрају као равни потпуном намирењу једног кол. повериоца, односно јединог повериоцаⁿ. На супрот томе има таквих других околности, које облигацију додирују само у личности једног колективног дужника само тражбину једног повериоца уклањају или само једног дужника ослобађају^o, док у погледу других облигација и даље траје^p, или^r услед којих се тражбина зауставља на извесном лицу, а други искључују^s. Тако исто, првобитна важност тражбине или обвезе појединачног са-повериоца или дужника не зависи од тога, да облигација важи по праву и према осталима^q, ако само не постоји какав основ неважења, који се тиче објективног обличја облигације и које се према томе тиче свију учесника подједнако. Исто тако, при стварању кореалне облигације може бити разлике у споредним одредбама за појединачне учеснике^r. У осталом, какав је праван однос између са-повериоца или дужника, то је за колективног дужника или повериоца равнодушно. Између њих може бити ортачки однос (*societas*)^t, али такав однос нити је

1 §. 1. J. h. t. L. 2. 3. §. 1. D. h. t. m L. 2. D. h. t. n L. 13. r.
 2. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. L. 28. pr. §.
 3. L. 42. §. 1. 2. D. de iureiur. 12. 2. o L. 19. D. h. t. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. p L. 16. D. h. t. L. 10. D. de pec. const. 13. 5. L. 11. §. 21. D. de legat. III. cf. L. 28. Cod. de fideiuss. 8. 40. (41). q L. 6. pr. §. 2. L. 8. 12. D. h. t. r. §. 2. J. h. t. L. 7. 9. §. 4. 2 D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. s L. 71. pr. cit.

у појму односа, нити се разуме по себи. Но од тог односа зависи, да ли ће онај, који је све примио, осталим са-повериоцима морати дати један део, или да ли ће онај, који је све платио, од осталих садужника моћи тражити накнаду^u. Но онај, који је све платио, може, ако му не стоје на супрот особити основи, осигурати себи тражбину накнаде према осталим садужницима тиме, што ће претходно пренети тужбу против истих на се^v, и према приликама^w, тај се пренос, по праву, може тражити од повериоца, који је тужбу подигао или се и без тога преноса дужнику који плаћа даје *utilis actio* према осталим садужницима.^x

* Brinz 2. изд. §. 234.

Прим. 1. То је врло добро извео Savigny Obl. I. §. 22. Срав. доле §. 214. прим. 2. и. крају и још Zeiller Commentar über das a. b. G. B. f. d. gesammten deutschen Erbländer d. öster. Mon. (1812.) III. стр. 69.. 72. Sintenis II. §. 89. прим. 41. истиче обзир на згоднију чинбу у интересу дужника, као оно што превлађује код колективне тражбине. Но томе смеру боље служи, придавање лица које ће примити исплату (*Zahlungsempfängers*) (§. 261.). За осигурање испуњења може послужити и акцесорно обвезивање других поред једног главног дужника, но то овде за сада још не узимамо у обзир. Срав. §. 349 и д.

2 Овај „узор пример“ колективне обвезе нарочито расправља, темељно, Fritz u Linde's Ztschr. н. р. XVIII. 18. XIX. 2. Срав. у осталом Savigny Obl. I. стр. 146 и д. О употреби литералног контракта у истом смислу, нарочито код аргентарија (L. 9. pr. D. de pact. 2. 14. L. 34. pr. D. de recept. 4. 8.), тамо стр. 148 и д. Но против тога Salpius Novation und Delegation стр. 97 и д.

3 Спорно је, да ли то може бити само у једном акту, везивањем више питања или одговора, или и у засебним стипулацијама? Срав. Fritz и. н. м. XVIII. стр. 363.. 370, који се решава за прво, arg. pr. J. h. t. L. 12. pr. D. h. t. Срав. Unger уместу наведеном у прим. 5. стр. 280 (74) и д.

3^a Срав. нпр. трг. зак. чл. 112. менич. зак. чл. 81. царев. зак. од 4. Јула 1868. о приватно-правном положају тековинских и ку-

t L. 1. (2). Cod. h. t. 8. 39. (40). L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. L. 39. D. de fideiuss. 46. 1. L. 11. Cod. eod. 8. 40. (41). u L. 47. D. locati. 19. 2. L. 39. cit. v Cf. not. s. t. L. 65. D. de evict. 21. 2.

ћевинских задруга (Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften) §. 12. од. 1.: „У колико се повериоци задруге не могу измирити из задужног имања, сви им задругари одговарају солидарно и са њиховим целим имањем, за оно колико недостаје, без права на приговор поделе...“ Уз то §. 3. р. 12. Mandry Reichsges. стр. 289 (2. изд. стр. 393) и д. Windscheid 5. изд. §. 297. на крају — Unger стр. 283 (77) и д. у опште о узроцима постанка и случајима исте стр. 277 (71) и д. Lippmann Solid. Haftung wegen der Processkosten, у civ. Arch. LXVII. 11. стр. 140 и д.

4 Savigny стр. 153 и д. Fritz у Linde's Ztschr. н. р. XXII. 12. Windscheid §. 297. У осталом, битно је, да је воља управљена на стварање колективне обвезе. У сумни ваља претпоставити, да је се хтела подела тражбине или дуга, L. 11. §. 1. D. h. t. (not. b.). Међу тим трг. зак. чл. 280. претвара ту претпоставку у обратну, за случај кад два или више лица по једном послу приме заједнички обвезу, а посао је трговачки, с њихове стране. У немачком се за то употребљују нарочито изрази „sammits und sonders“ (сви и сваки за се) или „alle für einen und einer für alle“ (сви за једног и један за све), а по некад и израз „солидарно“, ма да ти изрази још нису добили свој за свагда утврђени значај. Brinz krit. Blätter № 4. стр. 39. Samhaber z. L. v. d. Correalobligation стр. 163 и д. Seuffert's Arch. X. 22 Unger стр. 244 (38) и д. Као још један основ постанак кореалне облигације наводи се и судска пресуда, arg. L. 1. Cod. si plur. una sent. 7. 55. cf. L. 43. D. de re iud. 42. 1.; али то је истинито само у том смислу, да се пресудом може решити и утврдити спорни кореалитет. Savigny н. н. м. стр. 158, спав. Brinz н. н. м. стр. 11. Sintenis §. 89. прим. 42. Samhaber н. н. м. стр. 166 и д.

5 Такво схватање кореалне облигације, које је Keller, Litis contestation стр. 413 и д. 443 и д., нагласио, Ribbentrop, zur v. d. Correalobl. Göttingen 1831., даље развио, постало је од то доба миљење које превлађује, (спав. Savigny Obl. §. 16. и д. Vangerow III. §. 573), али су га доцније са више страна напали Rückert у Linde's Ztschr. н. р. XII. 1. Kuntze die Obl. стр. 115 и д. Helmolt die Correalobl. 1857., и Sintenis у 2. и 3. изд. §. 89.. Seuffert 4. изд. §. 228. а од тог бранили Dworzak у krit. Ueberschau IV. стр. 57 и д. E. Zimmermann у Heidelb. krit. Ztschr. V. стр. 146 и д. Windscheid у krit. Ueberschau VI. 11.. Samhaber z. L. v. d. Correalobligation. 1861. стр. 83 и д. (где се претходно опширно претреса новија литература по овом најку стр. 5.. 82), Dworzak у Haimerl's Vjschr. VIII. Lit. стр. 41 и д. Windscheid у krit. Vjschr. III. стр. 161 и д. Wächter II. стр.

307. Срав. Windscheid Pand. §. 293. прим. 1. — Brinz н. н. м. стр. 18 и д. и Pand. 1. изд. стр. 615 и д. 2. изд. §. 253 објашњава јединство облигације са гледишта заступништва, а с њим се слажу Wirth у civ. Arch. XXXIX. стр. 129 и д. Rudorff код Пухте §. 233. not. a. и доиста, или један предузима на се сам заступање другог који је у обвези, која се материјално само тога тиче, или се обојица примају заступања међусобног у обвези, која се материјално обојице, у извесном делу, тиче. Срав. Brinz 2. изд. §. 253. стр. 171. Но што је код кореалне облигације карактеристично, то је баш то, да код ње, према другој страни, баш то заступништво не излази на видик, већ је према истој сваки од њих поверилац или дужник за једно исто дело, нити се оно материјално заступање код кореалне облигације може ставити у један ред са оним на основу акцесорне облигације за неког другог. Срав. Fritz н. н. м. XVIII. стр. 361. 390. Windscheid у krit. Ueberschau н. н. м. стр. 225 и д. — Bekker d. process. Consumption стр. 227. и д. схвата кореалну облигацију као материјално једну облигацију (una obl.) са више тужаба (plures obl. у том смислу). На супрот томе ваља приметити, да је ван сваке сумње, да кореална облигација може, за једног или другог учесника, и као прста naturalis obl. постојати (§. 217). Fritz н. н. м. §. 7.. 10. изјављује да је схватање кореалне облигације као једне скупне облигације (Gesammtobligatio) и као множине облигација, из којих се она састоји, подједнако оправдано, а тако исто разна употреба тог израза у изворима (not. i. k.) оправдана, нити треба од једног или другог правити оно што је главно у овој ствари. Нов покушај склапања појма кореалне облигације чини Baron Gesammrechtsverhältniss стр. 205 до 391. Он разликује у кореалном односу толико посебних облигација (Sonderobligationen), колико има поверилаца или дужника, а над тим лебди једна једноставна скупна облигација свију, који су, као једно лице, замешани као субјект једне скупне облигације. И Siebenhaar Correalobl. nach röm. gemeinen und sächs. Recht, 1868. стр. 26 и д. признаје, да је кореал. облигација множина облигација, но које су „еквалне“ (равне међу собом, àqual) и по томе, и поред њихове множине, само једна једина облигација! Срав. Windscheid Pand. §. 292. прим. 1. и §. 296. прим. 1. на крају. Brinz Pand. 2. изд. §. 235. на крају: „Наше... схватање, оставља код готово свију теорија по нешто што је добро... само за Сибенхарово решење... нема места“. Bruns у Holtzendorff's Encyclopl. 2. изд. I. стр. 381 и д. Brinz zur L. v. d. Correalobl. und den solidarischen Schuldv. 1873. (Festgabe zu Arndts' 70. Geburtstag, и у krit. Vjschr. XVI. стр. 1 и д.) Weibel die Cor-

reaobl. im R. R. 1873. (о томе Bekker у Jen. 1874. Nr. 9.) Czyhlarz Beitr z. L. v. d. Correaobl. у Wiener Ztschr. III. стр. 59..139 Steinlechner Wesen der Juris Communio I. стр. 118 и д. 165 и д. Dernburg II. §. 47. нарочито прим. 7. Најновији писци противни су теорији јединства облигације, која данас влада. Тако Waldner d. Lehre v. d. Processkosten (1883.) стр. 164 и д., који (са задржавањем права на подробније извођење, стр. 166. прим. 212.) тврди, да је обвеза кореалног дужника делом материјално његова (т.ј. у толико би „и без кореалне везе био обвезан“) делом „замишљена као његова“ („fingirt eigene“), (у колико без ње не би био обвезан), дакле, као што изгледа, сасвим „замишљена као његова“, кад он не би био никако ви обвезан, да није те кореалне везе? И Ryck L. v. d. Schuldvh. стр. 55. 59. и д. мисли „решење зататка може поћи за руком само теорији множине“ и наглашује „саобраћајни смер“, као смер који је руководио стварање тог односа. „Кореалитет оснива се... на томе, што је, на супрот множини солидарних тражбених права... дато остварање идентичне садржине тражбине само за један пут, што се дакле она множина губи у једнини вршења и остварења“. Стр. 62. Но против данашње теорије срав. нарочито Unger-a passive Correalität и Solidarität im röm. u. heut. Rechte, у dogm. Jahrb. XXII. 2. нарочито §. 1. и стр. 256 и д. Њему кореална облигација (у коју, у модерном праву, много више случајева долазе но у рим. праву стр. 244) „множина облигација скупљена у једну једину“ (стр. 212), „комбинирана, сједињена, савезна облигација“ (Verbandoberigation), „јединство и множина у једно (стр. 215), „колективно јединство, које се састоји из скупљања множине или виштине (Vielheit) у једну једину“ (стр. 218, 219). Она му није „нека самостална облигација, која се од почењих облигација разликује и која над њима лебди, већ колективна облигација састављена из почењих облигација... јединство облигације из више чланова... облигација из више чланова (стр. 220, 221), „скупна облигација“ (Gesamtobligation), или правилије: „скупна облигација“ (eine Obligationengesamtheit), стр. 215). Исто тако су и поједини дужници повезани у једну целину, једину, (њихова је одговорност сложна, заједничка), они одговарају „сваки појединце и сви заједно“, тако да „сви заједно једно лице састављају“, но које се не може рачунати као правно лице (стр. 223 и д.). Они одговарају „један с другим“, али се тиме разуме, да већ по себи (ohne weiteres) одговарају један за другог (стр. 245. 247.). В. још стр. 213. прим. 10. стр. 250. прим. 92. и стр. 50 и д. 38. 6. 9. 12.. 15. 19. 9. 17. 39. 41. 7. 44. засеб. књ. Срав. у оште Windscheid 4. изд. §. 292. прим. * §. 293. прим. 1.

О већ поменутом делу Валднерову в. Bar у Wiener Zeitschr. XIII. стр. 203 и д. О расправи Унгеровој в. Schneider у krit. Vjschr. XXXI. стр. 453 и д. На том истом месту говори се и о једној расправи Landucci-ja, која се тиче овог питања. — Даље в. Hölder у Brinz и Hölder. Zwei Abh. aus dem R. R. (Споменица од 1884.) стр. 29 и д. Unger dogm. Jahrb. XXIII. стр. 106 и д. Hölder у civ. Arch. LXIX. 4. стр. 203.. 240. Waldner die correale Solidarität. 1885. Mitteis die Individualisirung der Obligation. 1886. За Митајса кореалитет није ништа друго до вештачки извршено спајање вишке облигација у једну. „Једно стварно у томе односу... јесте потраживање једног лица према другом које потиче из опредељеног каквог узрока постанка и које је управљено на извесну учинбу“. Dernburg Pand. II. §. 71. В. и Jennaro Manna saggi sulle obbligazioni in solido in diritto Rom. I. Roma 1885. (о томе Schneider у krit. Vjschr. XXVIII. стр. 15.. 22.

6 Ово је гледиште нарочито истакао Girtanner die Stipulation стр. 252 и д., а Fitting целу његову теорију о кореалним облигацијама на томе основао, у његовој књизи die Natur der Correaobl. 1859. По тој његовој теорији кореална је облигација, код које је њен субјект у почетку неодређен, па се тек доцније избором (electio) одређује. Уз њега су пристали сасвим или бар у битним тачкама Goldschmidt у Ztschr. f. Handelsrecht III. стр. 267 и д. и Stintzing у krit. Vjschr. I. стр. 509. Против њега в. Kuntze у Schletter's Jahrbuch VI. стр. 291 и д. Samhaber и н. м. стр. 71.. 82, 92.. 100, а нарочито стр. 125 и д. Windscheid у krit. Vjschr. III. стр. 164 и д. Dworzak и. н. м. VIII. стр. 53 и д. Fritz и. н. м. XVIII. стр. 390 и д. XIX. стр. 101., н. в. и Windscheid Pand. §. 293. прим. 1., који признаје, да у том схватању има и нечег истинитог. Brinz 2. изд. §. 254. стр. 181: „не за то, што би колективне облигације биле оно што алтернативне, већ за то, што су алтернативно обвезани, по дејству, тако обвезани, као кад би били конституирани као duo rei pro-mittendi“. прим. 11. сигурно је то, да су correi још с почетка сви in obligatione.

7 L. 19. D. h t. Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capit is deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur; multum enim interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus. L. 71. pr. D. 46. 1. „persona tantum exempta confusa obligatione“. У тим одредбама нашао је Keller и. н. м. стр. 447. „врло просто правило, да сви догађаји, који се тичу објективног облија облигација, валају како једном тако другом, а они, који утичу само

на личност једног од њих, да на суштину облигације не утичу, нити простиру њихово дејство и на друга лица“. Срав. и Ribbentrop стр. 23 и д. Узроци, који у поједином повлаче за собом престанак облигације, срећени према томе гледишту, поређани су код Vangerow-a III. §. 573. прим. 5. Но Savigny је са основом приметио, I. стр. 162. прим. g. „као формално начело може се то правило још признати, али с тиме пије уклонења сва тешкоћа, јер питање о границама између та два случаја изазива нову сумњу“. С тога су, од тог доба, чињени више пута, према полазном гледишту, разни покушаји, да се основи престанка једне и друге врсте издаваје и да се разлика у њиховом дејству објасни. Brinz krit. Bl. IV. стр. 5. 29. и д. Pand. 2. изд. §. 253. стр. 173 и д. Helmolt стр. 135 и по њему Sintenis 2. изд. §. 89. прим. 17. . 29. Kuntze die Oblig. стр. 172 и д. Fitting §. 7. . 22. 31. . 36. Fritz н. н. м. XIX. стр. 67. . 115. Вагон н. н. м. стр. 233 и д. 301 и д. полази с гледишта, да кореална облигација престаје неминовно испуњењем њеним, а вољом оног који има право може престати т.ј. кад он хоће да престане, иначе да судбина једне почесне облигације нема никаква утицаја на судбу друге. — Срав. у осталом Windscheid Pand. §. 295. Unger стр. 263 (57) и д. Који су то узроци престанка (односа) који дејствују „објективно“ или „субјективно“ („апсолутно“ или „релативно“, као што вели Унгер) разна се мњења исказују, још и у најновијим делима од Валдиера, Унгера, Митајса.

8 Код активних кореалних облигација то бива обећањем плаћања (Zahlungsversprechen) (§. 240. прим. 4.) и подизањем парнице од стране једног од поверилаца (§. 271. прим. 4.). По старијем праву, могла је и пасивна облигација престати и за остале дужнике, услед литисконтестације са једним од њих. Но то је Јустинијан укинуо са L. 28. cit. (not. p.) Windscheid §. 296. Срав. Serafini del constituto di debito nelle obbligazioni correali. Saggio di interpretazione delle leggi 8. 9. 10. Dig. de pec. const. Bologna 1876. о томе Schwanert у Jen. Lit.-Ztg. 1877. Nr. 4. Joseph у krit. Vjschr. XXI. Срав. још стр. 121 и д. Huschke у civ. Arch. LXV. стр. 240 и д.

9 О регресу код кореалних облигација срав. нарочито Savigny I. §. 23 до 25, који, по правилу, кореалним дужницима даје право на уступање тужбе *utilis action* према осталим садужницима. Против тога је Vangerow III. §. 573. прим. 3., а против њега опет Sintenis §. 89. прим. 52. Но в. још Windscheid у krit. Ueberschau н. н. м. стр. 229 и д. Samhaber н. н. м. стр. 192. . 200. Windscheid Pand. §. 294. Brinz 2. изд. §. 253. на крају. Unger стр. 271 (65) и д.

§. 214.

Колективна се облигација оснива на томе, што је право више њих на извесну чинбу или обвеза више њих на исту, по изјављеној вољи, установљено још испочетка као објективно једна облигација. Међу тим осим ње има још и других правних односа, који са истом имају то заједничко, што су и код њих више лица дужни да учине нешто, што поверилац може само једном тражити, где дакле такође постоји солидарна (сложна, приложна) обвеза више њих (*obligatio plurium in solidum*)¹. То је нарочито случај онде, где су више њих обвездани на давање накнаде штете за повреду права^a, или противправно учињену штету^b, коју су заједнички учинили.^c То исто, може наступити посредно и из послова правних, по којима су више њих обвездани у погледу једног истог предмета, кад нешто учине или пропусте што је противно обвези^e, а што оснива једнаку одговорност за све. А тако исто отуда, што су више њих једно исто лице, сваки за се и по својој вољи, на исту чинбу покренули, услед које за то лице потиче тражбина на накнаду штете^d. И у тим случајима може у толико бити говора само о једном дугу, о једном слошком дугу, у колико се иста чинба само једном може тражити^e, и с тога се такви правни односи подобе кореалној облигацији^f. Но при свем том, овде се не претпоставља онаква обвеза, каква код кореалне облигације, код које се иста још с почетка хтела као једна. Ту имамо више засебних обвеза (облигација), које са истоветности њиховог предмета међу собом у такој вези стоје, да све престају

a L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7. L. 7. §. 4. D. quod falso tut. 27. 6. L. 14. §. 15. D. quod met. 4. 2. L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. Cod. de cond. furt. 4. 8. b L. 1. §. 10. L. 2. . 4. D. de his qui effud. 9. 3. c L. 38. D. de adm. 26. 7. L. 60. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 1. §. 43. D. depos. 16. 3. L. 5. §. 15. L. 6. 7. D. commōd. 13. 6. и др., cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. d L. 52. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 1. §. 25. L. 2. 3. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. act. 14. 3. e L. 38. D. cit. L. 52. §. 3. cit. f L. 5. §. 15. cit.

кад се поверилац једном задовољи, нарочито, дакле, кад се једна од њих испуни, јер су онда без предмета². Но онај, који је све испунио, може и у овим случајима добити сразмерну накнаду од оних дужника исте чинбе, који су тиме ослобођени³, било уступањем тужбе од стране повериоца или у путу *utilis actio*. Само онај нема право на ту накнаду, који је одговоран са другима због *dolus-a*^g.

Прим. 1. Срав. Windscheid §. 292, на крају §. 298. Он тврди, да такав само солидаран правни однос може постојати и са поверилачке стране и налази бар један сигуран случај само солидарног права (*Berechtigung*) неколицине поверилаца у L. 14. pr. D. de noxal. act. 9. 4. a у речима: „ei itaque debetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit“. Међу тим, овде је погрешком ушла реч *debetur* (која стоји и у 4. и 5. изд.) место *dedetur*. То место говори о похае *deditio* једног роба, који је према неколицини учинио какав деликт. Али похае *datio* и није *in obligatione*, то је само срество да се отклони тражбина оштећеног (§. 326.). Вгінз 2. изд. §. 232. даје солидаритету код облигација шири значај, но што то чини данашња терминологија. Он га дели у солидаритет у једини и множини. Последње је или „одговорност за све, цело“ (*Ganzhaftung*), или „одговорност свију“ (*Allhaftung*), или „одговорност за се“ (*Alleinhaltung*). За остале примере солидарних правних односа на страни поверилачкој заузима се сада Jhering die active Solidarobligation, у dogm. Jahrb. XXIV. стр. 129..186. Срав. доле уз §. 576. 577.

1^a Срав. из новијег и најновијег времена: трг. зак. чл. 173. од. 3. чл. 204. 241. од. 2. чл. 245. од. 4. чл. 247. бр. 3. чл. 248. од. 3. кривич. зак. чл. 231. од. 3. (новчана казна код телесних по-вреда), царев. зак. од 11. Јуна 1870. §. 18. од. 4. (о ауторском праву на списе), зак. о кајишарењу од 24. Маја 1880. чл. 3. и др. Mandry Reichsges. стр. 294. (2. изд. стр. 398). Windscheid 5. изд. §. 298. прим. 15. Schwarze Reichsges. betreffend den Wucher стр. 90 и д.

2 Да се ти случајеви битно разликују од правих кореалних облигација, у које су их донде, и то као врсту пасивних кореалних облигација, по правилу увршћивали, први је одређено истакао и

g L. 29. (30). D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. L. 2. Cod. de contr. iud. tut. 5. 58. L. 4. D. de his qui effud. 9. 3. cf. §. 213. not. t. v.

развио то своје тврђење, у његовој расправи, Ribbentrop (§. 213. прим. 5.). Повод томе дало је опажање, да, по старијем праву, литисконтестација према једном дужнику код кореалне облигације ослобађа остале, док то није случај код других солидарних облигација, што је доцније у Јуст. праву збрисано. После Рибентропа овладало је мињење, да се кореалне облигације стављају на супрот осталим „само солидарним“ облигацијама. Тако је и код Савињија, Obl. I. §. 17. и 27., који ту супротност бележи са изразима „прави“ и „неправи“ кореални однос. Његово излагање „има ту велику заслугу, да је понова истакло заједничку практичку вредност само солидарних и кореалних облигација: олакшање и осигурање у постизавању права, на чији се претежан значај... услед Рибентропове деобе на прави и неправи кореални дуг почело заборављати.“ Rudorff уз Пухту §. 233. not. a. Другаче сад Rückert стр. 60 и д., или против њега в. Unger стр. 212 (6) прим. 7., но који код солидарних облигација, на стр. 240 (34) и прим. 75. (што ће се тешко моћи применити на случајеве које побраја на стр. 294 (88), оно што он са Савињијем признаје као смрт кореалитета, припушта само као ненамеравану последицу. Цело разликовање напали су и оспоравају Rückert, Helmolt и Kuntze н. н. м. Последњи сматра, да је у случајевима побројаним у овом §-у, више облигација, код којих је непотпуност солидарности изазвата особитим обзирима, а са једнаком „имовном материјом“ (*Vermögensstoff*), а тиме баш признаје, да је рим. право признавало у кореалним облигацијама идентитет облигација исте имовне материје, у потпунијем, савршенијем степену. Она два прва, а њима се прије дружије Sintenis у 2. изд. II. §. 89., сматрају оно што је особина кореалних облигација, као додатак позитивног права, ма да се баш овде све до Јустинијана не може наћи никакав траг законодавног утицања, већ је сно што је особина њихова развила правна наука из природе самих односа. Горњу теорију бране, против тих напада, са разних тачака, Fitting н. н. м. стр. 228 и д. Samhaber н. н. м. стр. 145 и д. Rudorff уз Пухту 9. изд. §. 233. и др. срав. §. 213. прим. 5. 6. Против тога опет устаје Fritz у Linde's Ztschr. н. F. XXII. 12., који је покушао да докаже, да у случајима, који се сад називају „само солидарне облигације“, које су се пре Рибентропа убрајале у кореалне облигације, ваља признати да постоји кореалитет који је битно исте природе, као у оном случају који је он расправљао као узор случај кореалитета (§. 213. прим. 2.), а посебице, да разлика у дејству литисконтестације (§. 213. прим. 8.) није довољан основ за постављање двеју врста солидарних облигација, јер се, по L. 28. Cod. cit. и пре тога уговором могло искљу-

чили објективно дејство литисконтестације и за кореал. облигације. Против тога Windscheid §. 298. прим. 3. Brinz z. L. v. d. Correalobl. (тако и Pand. 2. изд. §. 235.) сматра, да постоји јединство облигација и код простог солидарног односа „само duo геј имају према простим солидарним дужницима или повериоцима ту превагу, што међу њима постоји међусобни однос заступништва“. §. 253. стр. 169. Против тога Windscheid 4. и 5. изд. §. 293. прим. 1. на крају. §. 298. прим. 3. стр. 154. 152. и против њега Brinz н. н. м. §. 235. прим. 21. Као што се види, данас смо виште но икад удаљени од једнодушности у погледу теорије о кореалним облигацијама. Док Rusk налази да има „један произвољан моменат у идеји кореалитета“ (стр. 64), а Waldner на стр. 170 тврди, да се кореална одговорност може основати само вештачким начином, јер је само солидарна одговорност у природи саме ствари и само она потиче из природних начела, дотле солидарна обвеза код Unger-а и није никаква скупна обвеза (Gesammtschuld) (стр. 234 (28.) прим. 63). Одговорност дужника је истина „неподељена“, али обвеза има више „нити су повезане у једну целину, скупљене у једну јединку“, већ су „посебне облигације“ (Sonderobligationen), и то с обзиром на истоветност њиховог... објекта, истоветне (идентичне) посебне облигације (identische Sonderobligationen) (стр. 231. 232. (25. 26.). Одговорност виште дужника за једно исто цело код кореалитета је „природна и нужна последица једноставне везаности више облигација међу собом, док је код солидарности само последица случајног подударања више облигација, које постоје свака за се“ (стр. 240 (34). Облигације које гласе на *totidem* (§. 213. пот. а.) „могу се сравнити са паралелним линијама, солидарне облигације са конвергирајућим линијама, а кореалне облигације са линијама, у сплетовима, које састављају једну линију“ (?). Стр. 233. прим. 60. Солидарни дужници „одговарају један поред другог, док кореални дужници одговарају сваки са осталим (стр. 334. (28.). „Одвојеност (Getrenntheit) и неподељеност (Ungetheiltheit) одговорности јесу, према томе, карактерни знаци простог солидаритета“ (стр. 235 (29.). Но мора се и то рећи, да Unger рачуна у случајеве простог солидаритета, случајеве сасвим различне од оних побројаних у тексту (стр. 294 (88.). Како је теорија о кореалним и солидарним облигацијама изведена у новијим законодавствима в. Savigny §. 27., даље Циришки зак. §. 935..948., Хес. пројекат IV. чл. 5..13. Мотиви стр. 18 и д. Прегл. сакс. пројекат §. 1049..1068. Зак. §. 1019..1038. Мот. стр. 789. Бавар. пројекат од 1861. II. чл. 220..248. Мотиви стр. 115 и д. о томе Samhaber стр. 202 и д. Unger über den revid. sächs. Entw.

стр. 87 и д. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. стр. 128 и д. Arndts u krit. Vjschr. V. стр. 334 (civ. Schr. III. стр. 529) и д. О пруском праву в. Förster I. §. 63. — Mages d. Gesammtshuldverhältnisse des österreichischen Rechts. 1872. О томе Nagum у Wiener Ztschr. I. стр. 201 и д. Randa у krit. Vjschr. XVI. стр. 520 и д. Hase-nöhr d. österr. Obl. R I. §. 8..11. (уз то Krasnopolski у Goldschmidt Ztschr. f. Handelsr. XXVII. стр. 317). Dernburg II. §. 47..51. Mitteis тврди, да се кореалитет од солидаритета већ по општем немачком праву не разликује, изузимајући само у једном незнатном погледу, и да је цеља разлика de lege ferenda неупотребљива. (О литисконтестацији в. — прим. 2. pr. — b. Mitteis стр. 61 и д.)

3 О регресу посебице в. Savigny н. н. м. §. 24. Sintenis §. 89. прим. 62. Brinz 2. изд. §. 226. № 6. Seuffert's Arch. VII 158. срав. I. 331. У погледу ових скупних обвеза (Gesammtschulden) постављају саксон. зак. и баварски пројекти сасвим противна правила: „оно што је код првог изузете, код другог је правило и обратно“, али су „оба начела, ма да су супротна, опет за то погрешна“. Lang н. н. м. стр. 130.

§. 215.

Како код кореалних тако и код других солидарних облигација поверилац може од појединачног дужника тражити или примити одговарајући део^a, ма да је у праву да од сваког од њих тражи испуњење целе обвезе, а да тиме не изгуби право, да од истог тражи испуњење и остатка обвезе^b. Но, у већини случајева, може бити и принуђен да своју тражбу подели, приговором дужника, да испуњење тражи и од осталих дужника подједнако, у колико би и они били у стању, да испуне или плате. Тада тзв. *beneficium divisionis* дат је прво јемцима, кад више њих јемствују за један исти дуг^c, затим и другим лицима, кад више њих у другом ком случају солидарно одговарају^d, и на послетку, при-

^a L. 3. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. ^b L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 16. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). cf. L. 51. §. 4. D. eod. 46. 1. ^c §. 4. J. de fideiuss. 3. 20. L. 26. D. eod. 46. 1. cf. Gai. III. 121. 121 a. 122. L. 3. Cod. de pec. constit. 4. 18. ^d L. 1. §. 11. 12. 14. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. D. de mag. conv. 27. 8. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de mag. conv. 5. 75. cf. L. 22. D. depos. 16. 3. L. 47. D. locati. 19. 2.

знат је и код случаја солидарне одговорности, која се оснива на изричном договору^e. Дејство је тог приговора то, да се дуг дели на све дужнике, који би могли платити и од којих би се са успехом могао тражити, а онај дужник који је тужен, осуђује се само на онај део, који на њега долази или се ослобађа, ако га је већ платио. Тако исто такав дужник не одговара више ни за остатак, ако би поверилац дужницима, који су у то доба били у стању да плате, дао даљи почек^f. Овом правном доброчинству нема места, ако је солидарна одговорност потекла из заједничке кривице или из последње воље, а отпада, када се ко одрече исте.

Прим. Nov. 99. (not. e.) изазвала је најразноврснија мњења. Срав. о томе Vangerow III. §. 573. прим 4. Мњење, које је у тексту усвојено, има за собом већину правника и врло сталну праксу, може се лепо сложити са садржином новеле и одговара општем развију рим. права у погледу ове теорије, Puchta §. 225. not. o. „С тога“, вели Пухта, Vorles. II. стр. 37 (4. изд. стр. 41 и д.) у ствари сасвим умесно, но у форми врло незгодно „нема основа, да се оступа од општег мњења, које је и овде погодило прави дух закона, боље него плашљиви и ограничени јунаци с речима“. Међу тим в. уз то стр. 36 (40): „Но и овде мора се изузети онај кореални дужник... који је то постао па основу тестамента; ту би приговор ишао противу воље тестаторове, којој се обvezани не смеју противити“. Rückert (Princ. iur. rom. de exceptione quam vocant divisionis, Göttingen, 1852. в. исти у Linde's Ztschr. n. F. XII. стр. 55), на против тврди, да се и у том случају може, по аналогији, применити поменута Новела. Savigny опет брани, §. 26., друго једно тумачење, по коме се Новела односи само на случај, кад су се два кореална дужника у исто доба узајамно подјемчили (arg. Juliani epit. nov. 92. cap. 348). Али и самон њему (стр. 286) изгледа, да онда закон „нема готово никакве практичне вредности“, „јер ће се заплетени правни посао, који закон претпоставља, врло ретко десити“, ма да се не може спорити, да такво узајамно јемствовање код кореалних облигација, свакако, није без практичног значаја, нарочито у погледу одговорности за доцњу, а по некима и за немар (§. 250. 251. 354.). Brinz krit. Bl. № 4. стр. 35 и д., на против, мисли, да се такво везивање кореа-

e Nov. 99. f L. 39. §. 5. L. 41. 45. 53. D. de adm. 26. 7.

литета и јемства није никад десило, а нарочито да га нема, као што Савињи претпоставља, у L. 11. pr. D. h. t. (Pap. lib. 11. respons. Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est — potest eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret), јер реи promittendi у почетку тог места нису истоветни са duo promittendi rei на крају истог места: cf. §. 1. 2. ibid. С тим се слаже и Vangerow III. §. 573. прим. 4. Dedekind у civ. Arch. XL. стр. 270 и д., који поправља L. 11. cit. овако: Reos... convenit. Poterit itaque reus stipulandi... cogendus est — non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret: sed et poterit eundem... in partes convenire. Но Brinz Pand. 1. изд. стр. 621 (2. изд. §. 236. на крају. §. 253. прим. 77. и д.) усваја опште мњење и гледа да га поткрепи византијском терминологијом, а Vangerow (и Wächter II. стр. 314) види у Nov. 99. одредбу, да се кореални дужници, могу тада и само тада заједнички тужити, ако су присутни и у стању да плате ако су подједнако имали удела и у користима дуга. Дедекинд опет применује ту одредбу на случај, да су се садужници, који нису кореални дужници, међусобно подјемчили in solidum. Али овај последњи, неће да квари мњење које влада, у колико се тиче праксе, већ на против признаје и доказује (стр. 265. 397 и д.) „ако има спорног питања у општем приватном праву, које је решено судском праксом, да је то случај са схватањем Нов. 99.“ С тим се слаже и Sintenis §. 89. прим. 47. Helmolt стр. 110..124 усваја у свему мњење Dedekind-a, које је нашло признања и у практици. Seuffert's Arch. XII. 13. Мњење које влада, бранио је после тога, понова и темељито, Wieding Novella Justiniani XCIX. Berol. 1857., који је, противно Пухти на н. м., за примену beneficium-a divisionis и код тестаментарних кореалних облигација (срав. Burchardi у krit. Vjschr. I. стр. 285 и д.). Против њега опет Vangerow у 7. изд. III. стр. 78 и д. а с њим се слаже Windscheid §. 293. прим. 10. Овом последњем изгледа, да у овом „поглавито теоријском питању“ није меродавна пракса (зар ни као обично тумачење?), а да за тумачење Вангеровог говори, не само текст Нов. већ и сама природа ствари. По њему је „Јустинијан учинио корак, који је по себи имао да наступи, да је код пасивних кореалних облигација, материјалном правном односу, који им је основа, дао правна признања и на супрот повериоцу“. Изгледа ми, да је то тумачење врло непрактично, повериоца се тај однос баш ништа не тиче и не мора ништа о томе

знати. Срав. још Unger стр. 272 (66) и д. Трг. зак. чл. 281. не допушта употребу приговора деобе (а тако и претходне тужбе (*Vorausklage*) у трговачким пословима).

§. 216.

Особита врста солидарних облигација*, може постати, сама по себи, услед недељивости каквог предмета, који могу више њих по заједничком правном односу примити или који су обвезани да заједнички даду (§. 204.). Тако: 1) ако су какву недељиву тражбину још одмах више њих стекли заједнички или ако је наслеђем на више њих прешла, то онда сваки од њих има тражбину на целу недељиву чинбу^a. Ако би у том случају, један од саповерилаца подигао тужбу, а дође у питање давање вредности или свега оног што спада у мањак, интересе, то ће се тужени осудити, да тужиоцу да његов део, односно да плати онолико, колики је његов мањак, интересе^b¹. Али ако би требало испунити баш првобитну недељиву чинбу (Leistung), то се мора створити могућност или да се иста изврши према свима који на исту имају права, скупа, или се дужник мора осигурати према потраживањима осталих^c, у колико се измирењем једног међу њима не би по себи измиривали сви^d. На против, ако је 2) једна обвеза на исту недељиву чинбу за више њих, скупа, основана или на више наследника првобитно обвезаног прешла, онда је сваки од њих обвезан на целу чинбу, која се тражи. Против сваког од њих може се подићи тужба на све (in solidum)^e, и према томе, кад се не испуни она чинба коју дугују, онда може сваки од њих бити осуђен на давање свега оног што је за тужиоца мањак, интересе^f. Но ту се

a L. 17. D. de servitut. 8. 4. b L. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. L. 54. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 11. §. 4. D. de aqua pluv. 39. 3. c L. 2. §. 2. L. 54. §. 1. D. de V. O. L. 1. §. 36. L. 14. pr. D. depos. 16. 3. cf. L. 81. §. 1. D. de solut. 46. 3. d L. 11. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. e L. 192. pr. D. de R. J. L. 17. D. de servitut. 8. 4. f L. 25. §. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. §. 2. 5. L. 72. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 21. §. 5. D. de o. n. n. 39. 1. cf. L. 6. §. 1. L. 11. §. 3. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 49. §. 4. D. de legat. II.

претпоставља, да тужени није ослобођен од обвезе, делимице или потпуно, за то, што без његове кривице, не може да испуни оно на шта је у првом реду обвезан.² Према томе, dakле, кривица више њих у погледу какве недељиве тражбине ствара солидарну одговорност њихову у погледу мањка, који настаје услед тога и који је по себи иначе дељив^g. Но ако је кривицом првобитно обвезаног на место недељиве обвезе наступила већ одговорност за најнаду штете, то та одговорност прелази на више наследника таквог дужника као дељива, и то за сваког сразмерно његовом делу наслеђа^h. На тај исти начин дели се одговорност за мањак, кад има више наследника, а обвеза је била управљена на неко нечињење, па је повређена каквом радњом противном томе, од стране самог првобитно обвезаног. То бива и код по себи дељиве обвезе, која је условљена каквим чињењем или нечињењем и код које испуњење услова, без обзира на то од кога је потекло, ствара обвезу према свакоме за његов деоⁱ. Но ако је обвеза у опште управљена на то, да нешто у сваком случају изостане, да се не испуни ни од једнога међу њима, то се може сасвим доследно тврдити, да у случају повреде, ма ког од њих, сваки од њих одговара за цео мањак.^j У осталом, и код ових горе побројаних случајева, може се употребити добочинство деобе (§. 215.), ако би један од подједнако обвезаних на цео мањак био тужен^k, а за онога, који би цео мањак платио, настаје право накнаде према садужнику, било на сразмерну накнаду, кад им је кривица подједнака или на потпуну накнаду, ако би овај последњи сам био крив за мањак.^l

* Rümelin Theilung der Rechte стр. 213 и д. Ryck стр. 107 и д.: солидарност „није овде смештај за се, већ срећа за целиснодно остварење деобе, на коју се у основи односи“ (стр. 108).

g §. 214. not. c. h L. 7. §. 1. L. 9. D. depos. 16. 3. L. 3. §. 3. D. commodati. 13. 6. i L. 4. §. 1. L. 85. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 5. §. 4. L. 85. §. 5. 6. L. 139. eod. L. 25. §. 13. D. fam. erc. 10. 2. k L. 22. D. depos. 16. 3. §. 215. not. d. l L. 2. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 10. D. fam. ercise. 10. 2. §. 214. not. g. m L. 2. §. 5. L. 5. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 13. L. 44. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 4. §. 1. D. de V. O.

Прим. 1. То је исказано, за случај кад тражбина пређе на више наследника, у L. 25. §. 9. D. fam. erg. 10. 2. An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur; veluti si is qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit; quia talis stipulatio per legem XII. tabb. non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. С тим се слажу и друга места. За случај, кад има више поверилаца одмах с почетка, признато је то исто у L. 54. §. 1. D. de V. O. cf. L. 7. §. 6. D. de op. lib. 38. 1. Срав. Ubbelohde v. d. untheilb. Obl. стр. 44 и д. 75 и д. 105. 233 и д. Brinz 2. изд. II. стр. 71 . . 73.

2 То је такође са свим јасно признато, за случај обвезе управљене на установљење какве недељиве службености у L. 25. §. 10. 11. D. fam. erg. 10. 2. Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet: igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. — Idem dicendum est et si testator viam legaverit; und damit stimmt auch überein L. 2. §. 2. D. de V. O... Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. Међу тим, у погледу недељиве obligatio faciendi, изгледа, да се у L. 72. pr. D. eod. одобрава решење, које оступа од тога: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt; veluti viae, itineris, actus, aqueductus ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatis sit, utputa fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile; horum enim divisio corruptit stipulationem Celsus tamen . . . refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti (да се поправи: iuxta aestimationem facti? или како предлаже Huschke Recht des Nexus стр. 179 прим 266.: iusta aestimatione facta?) dandam esse petitionem. Закључни став тога места изгледа, да исказује мињење, које прећутно одобрава, да код obligatio faciendi кондемнацију на одговарајућу суму новца, вала увек поделити, ако има више дужника. Такво решење објашњавају неки, нарочито Vangerow III. §. 567. прим. 2., с којим

се слаже Scheurl Comment. ad L. 2. 3. 4. 72. et 85. D. de V. O. pag. 35. sq. pag. 93. 97. тиме, што код облигације на dare дужник увек дугује сам предмет, а код stipulationes in faciendo, на против, према назорима римским, обвеза је управљена на новчану вредност неиспуњеног factum-a, те је dakle овај последњи не толико in obligatione колико in solutione. Како је данас дозвољена осуда на сам faciendum то се опет извело то, да се данас и код obligationes in faciendo, поједини дужника може осудити in solidum, као и код установљавања какве недељиве службености. Но у б. изд. III. стр. 11. променио је Vangerow своје мињење у томе, што вели, да нећемо имати права, да такав закључак изведемо, кад узмемо у обзир, да је поменута измена у погледу faciendi obl. постојала у најновијем рим. праву, па је опет зато L. 72. cit. увршћен у Пандекте. Осим тога, тај закључак, „можемо тим мање учинити, што би очевидно повлачио за собом велику неправду“. Ribbentrop Correalobl. стр. 233 тумачи, на сасвим супротан начин, да је решење у L. 25. §. 10. clt. потекло услед строжијег схватања и тумачења тужбе, којој интенција (захтев) гласи: dari sc. servitatem oportere, код које није могло бити деобе кондемнације (осуде), а која је била дозвољена код тужбе из faciendi obl. са интенцијом (захтевом): quidquid dare facere oportet. Отуда опет (према §. 100.) потиче то, да по данашњем праву, вала узети, да је деоба осуде правило, у колико не постоји какав други основ солидарне одговорности нпр. кривица, који је изазвао немогућност да се испуни баш оно што је уговорено. (Unmöglichkeit der Naturalleistung). С друге стране, да се сваком дужнику, по данашњем праву, у случају извршиљиве осуде на оно што је уговорено а недељиво, мора признати право, да тражи, да осуда гласи против свију садужника заједнички. Тако је то питање расправљено и у овом уџбенику у 1—4. изд. Срав. и Ribbentrop стр. 183. Sintenis II. §. 84. прим. 27. (3. изд. стр. 49 и д.) Helmolt Correalobl. стр. 43. Против тога је истина Savigny Obl. I. §. 34. доказивао, да како по данашњем тако и по рим. праву, однос више дужника код недељиве облигације вала сматрати као праву кореалну облигацију у најстрожијем смислу те речи“, (стр. 367), а да сваког таквог дужника, вала осудити in solidum, онако исто као што се осуђује, при установљавању службености, на основу L. 25. §. 10. cit. Последњи став у L. 72. pr. cit. по њему је само историјско навођење једног книжевног куриозитета, а мињење Тубера, „готова изчезла чудноватост из давних времена“, (стр. 365.). При свем том, овај је уџбеник остао при саом ранијем мињењу и у следећем издању, с обзиром на противприметбе, које је учинио Brinz

Krit. Bl. стр. 45 и д. (но сад срав. истог Pand. 2. изд. §. 225. прим. 15. §. 233. прим. 20.), а Vangerow усвојио у 6. изд. III. стр. 11. После тога је то мњење, као и теорију Вангерова из основа оборио Ubbelohde н. н. м. стр. 75.. 95.. 193.. 238. и д. 250.. 256.. 274.. 284. За писца последњи став у L. 72. pr. cit. не значи оступање од раније постављеног правила, већ је то наређење за један особити случај, и то тај, када је облигација првобитно недељива, по њеном претварању у облигацију која иде на мањак (интересе) прешла на више њих у путу наслеђа (not. h.) и доказује, да иначе нема основаног разлога против солидарне одговорности и у погледу процене (естимације) или мањка (интереса) неког, да иначе није могуће његово објашњење, а да и теорија данашњег поступка води таквом објашњењу (Wetzel Civilproc. §. 50. № II. §. 63. стр. 675 и д. I-вог, стр. 773 и д. II-гог издања). Но у толико је противан Савињијевом мњењу, у колико ова недељиву облигацију више садужника сматра као праву кореалну облигацију. С тим се слаже и Windscheid §. 299. прим. 7. и д. чemu се Vangerow у 7. изд. III. стр. 11 чуди. — Против Ubbelohde-a је и Baron Gesamtrechtsverhältnisse стр. 212 и д. који покушава, да сукоб између L. 72. pr. и L. 25. § 10. cit. уклони новим извештаченим тумачењем овог последњег места. Срав. још Rümelin стр. 236 и д. Срав. горе у §. 204

3 Тако и Савињи н. н. м. стр. 365 и д. сматра, да у том случају постоји солидарна одговорност (пасивни кореални дуг), arg. L. 2. §. 5. L. 3. pr. §. 1. L. 4. pr. §. 1. L. 85. §. 3. L. 131. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 12. L. 44. §. 5. D. fam. erg. Другаче у 5. и 6. изд. уцб. сагласно са мњењем Ubbelohde-a стр. 105. §. 14. прим. 1а. Но срав. против тога Windscheid н. н. м. Новији спис о томе: Camille Kleyer des obligations divisibles et indivisibles. Bruxelles 1873.

4 О beneficium-y divisionis и рергресу у случајима поменутим у овом §-у в. Ubbelohde стр. 46 и д. 115 и д. 126 и д. 205 и д. 229 и д. 237 и д. 258.. 274.

§. 217.

D. Туживост облигације.

По правилу, поверилац не сме сам својом моћи издејствовати оно што му по обвези припада (§. 94.), већ мора потражити ради тога судску помоћ. Према томе,

за пуноважну облигацију тражи се још, да је тужива, т.ј. да се дужник може тужбом (in personam actio §. 97.) натерати, да испуни оно на шта се обвеза^a; оно што је у првом реду и најпре у моћи повериочевој, то је баш то, да може судским путем тражити оно што му припада, да може тужити. Отуда је то, што се obligatio и actio често једна с другом сравњују, или што се actio ставља на место obligatio^b, а постојање правог облигационог односа везује за могућност успешне тужбе^c. Код двостраног међусобног облигац. односа (§. 212.) то право тужбе постоји подједнако са обе стране и одговара међусобним потраживањима, које из таквог односа за једну или другу страну потичу. Код непотпуно двостраних облигација, на против, потиче, онако исто као што је то случај са тражбином, у првом реду само једна тужба (directa actio), а за другу страну може потећи и тужба (contraria actio, §. 99.), ако се и кад се створи противтражбина.^d

Као и тужбе, тако се и облигације деле у civilis и honorariae^e, према томе, да ли је за њино остварење дата civilis или honoraria actio.^f При свем том, рим. право признаје, у неким случајевима у којима се не даје тужба за постигнуће какве чинбе, да постоји нетужива облигација (klaglose Obligation), која се, противно оним двема именованим врстама облигација назива природном облигацијом^g (natürliche Verbindlichkeit), naturalis obligatio^h, или тачније tantum naturalis obligatioⁱ, јер се, у изузетним приликама, тај израз употребљује и за облигацију која је иначе тужива^k. У таквим случајима, поверилац истинा нема моћи, да тужбом дужника

a L. 108. D. de V. S. b Dig. de oblig. et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. c L. 10. D. de V. S. L. 42. §. 1. D. h. t. cf. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. d §. 1. J. 1. c. 3. 13. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 8. §. 4. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 41 (40). pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. e L. 1. §. 1. cit. L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. f L. 5. pr. D. de pign. g L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 5. pr. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 84. §. 1. D. de R. J.

нагна да испуни оно што је дужан испунити, он не може оно што му припада судским путем потраживати; али се опет за то признаје, да је дужник повериоцу правно дужан, *natura debet^h*, а оно што се испуни сматра се као испуњење једне правне обвезе, као плаћање *naturale debitum-aⁱ*, а не као поклон.⁴ Према томе^k, искључено је тражење, да се дато врати натраг, што би иначе, због непостојања облигационог односа могло бити.⁵ Даље, кад облигац. обвеза постоји или је постојала^l, ма да тражбине у строгом смислу нема,⁶ онда се она може, према приликама, и судски остварити, онде где за то није потребна тужба, нарочито у случају пребијања дуга за дуг, компензације^m. И на послетку, постојање обвезе која је без тужбе може, посебице, нарочито онда бити од значаја, кад је са истом у вези какав правни однос, којим се заснива тужба, а који за његов постанак претпоставља какву обвезу, али не баш такву обвезу са којом је везана тужбаⁿ.

Усвајање таквих непотпуних обвеза, којима се не одриче баш свака вредност, оснива се на томе, да по природном правном схваташтву, по тзв. *naturalis ratio*, постоји обвеза, и у оним случајима, у којима је са разлога позитивног права тужба искључена, и да и таква обвеза ваља, да има онолику важност, вредност, колику је може имати без туживости њене, у колико се то не би противило оним правним прописима, који су противни, стоје на супрот, њеној потпуној важности.⁷ Отуда је назив: *naturalis obligatio* и њено означавање,

^h L. 6. D. de compensat. 16. 2. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 10. D. de V. S. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 5. §. 2. D. de solut. L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. — i L. 95. §. 4. D. de solut. L. 64. D. de c. ind. 12. 6. L. 1. §. 7. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28. L. un. pr. Cod. de impon. lucrat. descript. 10. 36. (35). — k L. 10. D. h. t. 44. 7. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 13. 19. pr. L. 64. D. de cond. indeb. L. 94. §. 3. D. de solut. — l L. 10. D. de V. S. L. 16. §. 4. cit. cf. L. 41. D. de peculio 15. 1. m L. 6. D. de compens. 16. 2. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. — n L. 16. §. 3. L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 7. D. de pec. const. 13. 5. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2.

као *vinculum-a aequitatis^o*. Но то је само изузеће. По правилу и у првом реду под облигацијом се разуме у оште тужив облигациони однос^p, без обзира на то, да ли је заснован на оштем (*ius gentium*) или на посебном, чисто римском праву (*ius civile*). Но ако какав однос на никакав начин не дејствује правно, па ма то било и на основу нарочите позитивне одредбе права, онда не може бити говора ни о *naturalis obligatio*.

Поједини случаји, у којима постоји природна облигација у горњем смислу,^s врло су разноврсни, па и у том погледу, што њено правно дејство, у горе означеним правцима, није потпуно једнако код свију њих.^q У оште, овде ваља приметити само то, да природна облигација може наступити, како онде где по цивил. праву облигације у оште нема или бар више не постоји^r, (*iure civili* или *ipso iure nulla* или *sublata obligatio*), тако и онде, где је тужба скопчана са облигацијом обеснажена приговором, и то, било да је приговор постојао одмах с почетка, или да је постао тек услед неке доцније наступљене околности^t. Но ако је употребљена каква *perpetua exceptio* онда се може облигација потпуно обеснажити, тако, да не преостаје ни *naturalis obligatio*. Такав је случај, по правилу, онда, кад и сам приговор иде на то, да одржи *naturalis aequitas* на супрот строгом праву, и то баш тиме, што наглашује, да према природној правици не постоји никаква обвеза^u. Но такав је случај и онда,^v кад се приговор оснива истина на каквој особеној позитивној одредби права, али је тој одредби баш то смеш, да тражбину потпуно осујети, да дужника од његове

^o L. 95. §. 4. D. de solut. L. 84. §. 1. D. de R. J. L. 22. pr. L. 32. D. eod. срав. ca L. 64. D. de cond. indeb. L. 58. (59). D. h. t. 44. 7. — p pr. §. 1. J. de obl. 3. 13. L. 7. §. 4. D. de pact. 2. 14. — q L. 14. D. h. t. 44. 7. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. — cf. L. 2. §. 2. D. de cap. min. 4. 5. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. срав. ca Gai. IV. 104. — r L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. — L. 8. 9. D. eod. — cf. L. 3. §. 7. D. quod quisque iur. 2. 2. — s L. 66. D. de R. J., напр. Dig. de doli mali et met. exc. 44. 4.

обвезе сасвим ослободи^t. У таким случајима у ствари не постоји никаква обвеза^u. Облигација је inefficax или inanis^v, quasi nulla^w. Таква облигација може само тако повратити њено дејство, ако auxilium exceptionis, који јој смета, ма са каквог узрока отпадне^x.

Прим. 1. „О односу између *Actio* и *Obligatio*“: Bekker у *Ztschr. für Rechtsgesch.* IX. стр. 366..407., die Aktionen I. стр. 1..17.

2 Savigny I. стр. 37 тврди истину, да је разликовање између *actiones civiles* и *honorariae*, пренето и на облигације, у неколико места, из небрежљивости, и да се, по правилном начину говора, свака облигација зове *civilis obligatio* и према томе, да увек ваља говорити само о *civilis obligatio*, која има *actio civilis* или *honoraria*. Но против тога в. Scheurl у *Heidelb. krit. Ztschr.* I. стр. 504. Да су римски правници под *civilis obl.* у ширем смислу, разумевали и *honoraria obl.* сведочи L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. Против тога нису доказ L. 7. §. 2. 4 D. de pact. 2. 14. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. на које се позива Windscheid §. 287. прим. 1. против Scheurl-a. Међу тим и то стоји, да је цело разликовање без практичне вредности. — У осталом, рим. право чини и више других разликовања, у погледу тужбе из облигација. Тако, посебице, баш овде се јавља у знатној мери оно разликовање на *stricti iuris* и *bonae fidei actiones*, према коме се и облигације могу разликовати на *obligationes stricti iuris* и *bonae fidei*. При свем том, оно је данас без непосредне практичне вредности, мада је иначе тако важно за правилно познавање рим. права, а тако је и са осталим разликовањима. Срав. §. 100. Puchta §. 236. Brinz 2. изд. §. 224..228.

3 В. о томе: A. D. Weber syst. Entwicklung der Lehre v. d. natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung. Schwerin 1784. 5. изд. 1825. Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844. Savigny Obl. I. §. 5..14., и уз то Brinz krit. Bl. Nr. 3. Scheurl н. н. м. стр. 501. и д. Holtius Abh. civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, превод од Сутре. Utrecht 1852. Nr. 1. Bekker у *Jahrb. des gemeinen*

^t L. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 40. pr. D. de cond. indeb. cf. L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. — frgm. Vat. §. 266. u L. 3. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 55. 112. D. de R. J. v L. 8. §. 9. D. ad Sc. Vell. L. 13. D. de iure dot. 23. 3. w L. 25. D. de V. O. 45. 1. x L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 27. §. 2. L. 32. D. de pact. 2. 14. L. 13. D. de lib. leg. 34. 3.

Rechts IV. 13. Schwanert die Naturalobligationen des römischen Rechts. Göttingen 1861. о томе Scheurl y d. krit. Vjschr. VI. стр. 489 и д. Scheurl y d. dogmat. Jahrb. VII. 6. Lascowicz de vi ac natura obligationis naturalis deque nonnullis quaestionibus ab ea pendentibus. Berol. 1870. Срав. још Hasenöhrl d. österr. Obl. R. I. §. 2. Dernburg Preusz. Pr. R. II. §. 3. Brinz 2. изд. §. 219..221. Ryck L. v. d. Schuldverh. стр. 14..51. Pfersche die Bereicherungsklagen стр. 127 и д. 185 и д.

4 „Naturale debitum“ је дуг који се може платити, испунити, али за који се не може тужити, *naturalis obligatio* је обвеза, која се може испунити, али код које нема тужбе^y. Schwanert н. н. м. стр. 222, по Бринду krit. Bl. стр. 48. Scheurl, dogmat. Jahrb. VII. стр. 328 и д. означује је као тражбину „која се може призвати (anerkenbare). Против обе формуле Windscheid §. 288. прим. 5. и сад Brinz 2. изд. §. 221. стр. 551.

5 L. 16. §. 4. D. 46. 1. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest (о томе Schwanert стр. 83 и д.) L. 7. D. eod. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse. L. 64. D. 12. 6. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, . . . repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. L. 19. pr. eod. „naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest“, противно томе L. 41. eod. вели „repetitio est, quia nec natura debet“. У томе soluti retentio хтели су неки да нађу оно што је карактеристично у *naturalis obligatio* и према томе, да и теорију о истој склопе. Тако чини нарочито Christiansen н. н. м. Против тога је Erxleben die condictiones sine causa I. стр. 118 и д. 149 и д. Schwanert стр. 117 и д. 189. Condicio indebiti може ех aequo et bono да се искључи и код indebitum-a. Тако L. 32. §. 2. D. de cond. indeb. вели, мада се не мора узети, да мисли на *naturalis obligatio*: Mulier si in ea opinione sit, ut credit se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Ту се не сме читати: „ex qua solutum — repeti non potest“, јер се претпоставља falsa opinione solutum, већ ваља читати: „ex qua — solutum repeti non potest“. Brinz 2. изд. §. 222. гледа у томе „дужносну тражбину“ (Officialanspruch), којој је основ у породичној вези.

6 L. 16. §. 4. cit. (изд. 4.) . . . Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi receperisse. L. 10.

D. de V. S. Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quodsi natura debeatur, non sunt loco creditorum.

7 Мњења о правој природи naturalis obligatio разликују се истина међу собом врло јако, али опет за то, већина, па и они који неће да знају за њену везу са ius gentium-ом (Brinz krit. Bl. Pand. 2. изд. §. 219. стр. 43. §. 220. стр. 45.), слаже се у томе, да је naturalis ratio или aequitas узрок са кога се, у случајима где не постоји тужива облигација, признаје неко debere, које ипак има свог правног значаја. Везу између natura debere и ius gentium исказује изрично L. 84. §. 1. D. de R. J. „Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus“, и то остаје као значајно, па било да се удара гласом на natura, као што то чини Brinz, krit. Bl. стр. 21 not. 28 e. или да се сматра, да се место односи само на облигацију одређене садржине, као што то чини Schwanert стр. 75 и д., по нашем мњењу без доовољно основа. Тако је исто значајно, кад L. 58 (59). D. de O. et A. 44 7. (not. o.) вели: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur“, кад даље L. 14. D. de O. et A. вели, да „servi... ex contractibus... civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant“, ма да L. 22. de R. J. вели „in personam servilem nulla cadit obligatio“, јер по L. 32. eod. „quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur“, па то L. 64. D. de cond. ind. 12. 6. тиме објашњава: „ut enim libertas naturali iure continetur (cf. L. 32. cit. „quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt“),... ita debiti et non debiti ratio in condicione naturaliter intelligenda est“. Срав. Scheurl у dogm. Jahrb. VII. стр. 319 и д. — Други поглед износи и развија Schwanert н. н. м. (срав. и Brinz 2. изд. §. 219. стр. 42. §. 222. 223.) Он узима израз naturaliter debere у троструком значају и погледу и разликује: 1) туживу naturalis obligatio (not. g.), а ту naturaliter или natura debere, obligari“ односи нарочито на случај постанка обвезе услед неког јмања (Habens) ex numeratione или datione creditae pecuniae, случај где имамо један реалан факат или на случај где имамо „чисто фактично јмање“ (reine factische Haben) стр. 69 и д. стр. 80; 2) naturaliter debere без облигаторне cause „debita“, која нису правна, која немају правног основа“, дужности, за које право као такво не зна, које су дужности по неким другим начелима а не правним и отуда.... у праву највише да у толико долазе у обзир, да се право са својим тврђењем непостојања debitum-a, не противи испуњењу његовом из-

вршеним без његове сарадње, (стр. 94 и д.). Ту рачуна нарочито naturale debitum libertus-a на вршење тзв. operaes officiales (L. 26. §. 12. D. de cond. indeb.) и naturale debitum ex nudo pacto (L. 5. §. 2. D. de solut.); 3) obligatio tantum naturalis, naturalis obligatio у ужем, техничком смислу, а то је „облигација која нема тужбе, правно debere, због кога није дата никаква actio“, (стр. 155 и д.), али којој су основа оне исте causae civiles, које и код civiles obligationes (стр. 67), облигац. основ који је правно основан, облигац. акт (стр. 154), који кад је извршен по праву, даје causa solvendi, ма да нема реквизите за тужбу (стр. 240.), и која се зове naturalis, tantum naturalis obligatio „што је то облигација баш услед факта облигац. акта“ и „само таман толико, колико се тим облигац. фактом по себи оснива правни однос међу странама, без икаквог другог дејства тога facti“. Срав. Brinz 2. изд. §. 220. у почетку. — Против тога може се ово приметити: а) невероватно је, да су римски правници један исти израз „natura или naturaliter debere“ употребљавали у значењима која би се тако битно разликовала. б) беззначајна је случајност, што се у изворима израз naturalis obligatio не употребљује за случаје друге врсте, јер се у L. 25. §. 11. D. de hered. pet. „naturaliter obligare“ т.ј. ad remunerandum, употребљава шта више и онде, где се по најмање може говорити о каквој правној обвези (Schwanert стр. 102.), а у Pauli sentt. I. 1. §. 1. налази се и израз „pacti obligatio“. с) кад какав облигац. акт civiliter non obligat, то он тим самим iure civili није извршен тако да по праву вреди, а кад се, према томе, где iure civili nulla obligatio est, узима да naturaliter постоји правно debere, naturalis obligatio, то се оно „naturaliter“ не може односити само на факт облигац. акта. Тиме се упућује само на правни назор, који се разликује од оног цивил. права, и по коме, при свем том, постоји правно debere, а то је „на општи елеменат римског права (ius gentium, naturalis aequitas)“ (Puchta §. 237.). д) па и сам Schwanert долази на то, кад на стр. 230. nat. obl. признаје за vinculum aequitatis за то, што је испуњење њено остављено на хођењу debtor-a „но које је опет везано обзиром на извесан објективан факт (Bestand), на који кад се не би обзирао изгледало би као iniurias“, дакле и њему је vinculum „за то и у толико што основи, разлоги aequitas-a позивају на solutio“. — Windscheid §. 287. полази од противности између правног и природног схватања (?) и разликује обвезе у оне, које се сматрају као такве и по једном и по другом схватању, и оне „које су такве само по природном схватању, но не и по правном“. То су „само природне обвезе (nur natürliche Verbindlichkeiten). Но међу њима опет раз-

ликује оне, о којима право не води никаква рачуна и оне „које право истина не признаје потпуно, али их опет пушта да дејствују као обвезе у овом или оном правцу. Те последње су му „правно само природне обвезе (juristische (bloss-) natürliche Verbindlichkeiten). Срав. још Ryck стр. 16. 18.. 20.: Nat. obl.-je „облигација... ius gentium-a, која је у свему и у сваком погледу доведена у склад са naturalis ratio“... „Не једна, и ако непотпуна, врста цивил. облигација, већ облигација, коју цивил. право признаје само као фактичну претпоставку за постизавање извесних правних дејстава, она „нема да благодари за њен постанак и развиће памети лаика, већ баш правној доктрини“. В. још Wlassak krit. Studien стр. 43 и д. Dernburg Pand. II. §. 4.

8 Срав. о томе Savigny и Brinz krit. Bl. н. н. м. Keller §. 227. Schwanert стр. 244. у вези са стр. 94 и д. У данашњем је праву, једна важна врста тих случајева, оних који потичу из правних послова робова, сама по себи отпада, а друга, она која обухвата случаје, који потичу из правних послова деце укућана (Schwanert стр. 299.. 341), веома је смањена већ и у најновијем римском праву (§. 435.). Срав. о томе у опису Savigny §. 14. Bekker у Jahrb. IV. стр. 405 и д. Windscheid §. 289. Brinz 2. изд. §. 220.

9 В. о томе посебице Keller н. н. м. Bekker стр. 402 и д. Schwanert стр. 188. 438. Windscheid §. 288. нарочито прим. 4.

10 Срав. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. (Pompon.) Si poena causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 40. pr. eod. (Marcian.) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repeterere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repeterere potest, ut accidit in senatus-consulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit. L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. (Ulpian.)... hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. Из тих се места не може извести неко начело, по коме би се могло решити питање, да ли постоји и дејствује naturalis obligatio, кад јој стоји на супрот perpetua exceptio, Savigny V. стр. 375.. 379. Но она могу, при тумачењу закона, показати гледиште, по коме се може ценити, да ли је у намери закона било, да и дејства naturalis obligatio, где би се таква имала признати, треба да су

искључена. Christiansen н. н. м. стр. 102.. 114. Срав. и Erxleben н. н. м. стр. 130.. 134 и Scheurl у Heidelb. krit. Zeitschr. I. стр. 514: „(прави смисао правила) изгледа ми, да се састоји у томе, да се разликује, да ли се при увођењу excepti-је переторне — која, као што је природно, мора са собом повући како штету повериоца, тако и корист дужника — правном вољом (вољом права) хтело ово или оно дејство excepti-је“. Но срав. и Scheurl у dogm. Jahrb. VII. стр. 343. 353. Schwanert стр. 342. 347 и д. Windscheid §. 289. прим. 22. — Schwing, Verbleibt eine naturalis obligatio nach der Aufhebung eines Anspruchs durch exceptio perpetua nach gemeinem deutschen Rechte? у civ. Arch. LVI. 8.

II. ВРШЕЊЕ ОБЛИГАЦИЈА.

§. 218.

Повериочево је право, да се обвеза дужникова испуни. Према томе вршење тражбеног права састоји се у удејствовању и примању испуњења. Потпуно извршење тражбине ништи је, јер у смеру њеном лежи, да је са подмирењем повериоца нестане (§. 92.). С тога не може бити говора о некој државини код тражбина (§. 129. прим. 2.). Ако му се добровољно не испуни оно што потражује, поверилац може тражити своје подмирење тужбом, а према приликама и приговором, експецијом. Но при томе се може десити и то, да због тога дође у сукоб (колизију) са другим повериоцима, кад дужник није у стању, да подмири све.

Прим. Да ли је и у колико је могућа примена појма државине на облигаторне односе? Bruns Recht des Besitzes стр. 480.. 483. Randa Besitz §. 24. 3. изд. стр. 539 и д. и о томе у krit. Vjschr. VIII. стр. 385. (civ. Schr. III. стр. 233.) и д. Windscheid §. 464. прим. 5. Срав. горе §. 91. прим. 3. с. Seuffert's Arch. XVI. 5.

A. О испуњењу.

§. 219.

1). Предмет његов.

Предмет испуњења одређује се предметом тражбине (§. 202. и д.). Поверилац не мора да прими поделу^a или промену^b учинбе, која је прави предмет тражбине, као њено испуњење, и према томе не мора је примити од другог неког, који не би био прави обвезани, у колико личност обвезног не би била без утицаја на садржину учинбе^c. Са његове стране опет не може ни поверилац што друго тражити. Но судско потраживање тражбине не води увек остварењу дужне тражбине, па и онда, кад је то могуће. Често се постизава њен смер само наплатом њене новчане вредности из имања осуђеног дужника.

Прим. По старијем праву осуда (кондемнација) туженог гласила је на плаћање извесне суме новца, без обзира на то, какав је предмет облигације. Само код тзв. *arbitrariae actiones*, могло се покушати да се реститутивном или ексхабитивном наредбом, која је била и изнудна, дужник натера на испуњење извесне учинбе (§ 100. not. m. § 115. not. o.). По Јуст. праву судска је пресуда, у свима случајима, управљена у првом реду на прави предмет обвезе, и извршење је било управљено на то исто, у колико је могуће, а дужник неће добровољно да испуни обвезу, изузимајући *faciendi obligationes* (L. 13. §. 1. D. de re iud. 42. 1. срав. са L. 14. Cod. de sent. 7. 45.). Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. (= *Gerichtsverf. u. Procesz des sinkenden Röm. Reichs*) I. §. 29.. 31. По данашњем праву, може се и у последњем случају предузети извршење, и тек кад је оно остало без успеха, онда долази накнада у новцу. Wetzel System des Civilproc. §. 46. 50. О лицима која могу испунити какву обвезу и која могу испуњење исте примити в. сад Mandry Reichsges. стр. 310. и д. 325. и д. 2. изд. стр. 423. 444 и д.

a L. 41. §. 1. D. de usur. 22. 1. cf. L. 21. D. de reb. cred. 12. 1. — L. 9. §. 1. D. de solut. 46. 3. (§. 204.). b L. 2. §. 1. L. 3. D. de reb. cred. L. 98. §. 6. D. de solut. L. 16. Cod. eod. §. 42 (43.) cf. L. 11. §. 25. D. de legat. III. (32.) c L. 31. D. de solut. 46. 3. cf. L. 53. eod.

§. 220.

2). Време испуњења.

По правилу поверилац може тражити испуњење чим обвеза (облигација) постане, а дужник може је испунити, кад год хоће, само не баш у незгодном, неприличном тренутку^a. Но често, из саме природе учинбе, потиче, само по себи, извесно одлагање испуњења^b. Тако исто, може се о времену испуњења што посебно утврдити, нпр. одредити извесан дан, или извесан рок, кога ће се^c, или о коме ће се^d, тражбина испунити. Такво одређивање времена испуњења може истина смерати и на корист повериочеву^e, али у сумњи, увек се тумачи у корист дужникову: *diei adiectio pro reo est*^f. Дужник не може бити тужен пре утврђеног рока, *dies nondum venit*^g, али може испунити његову обвезу пре рока^h. Испуњење обвезе пре рока може дати повериоцу ту корист,ⁱ да дође до уживања предмета у обвези раније, но што би имао права на то^j. Ако би такав предмет могао носити интерес, а дуг је био без интереса, поверилац добија а дужник губи корист уживања интереса у међувремену од стварног плаћања до доцнијег рока исплате, то је тзв. *Interusurium*^k, приплод. Поверилац може доћи у цоложај, да такав интерес, као неправедан, доцније врати^l. Но у сваком случају, дужник нема права, да при исплати дужне суме пре рока, против воље повериочеве одбије онолико, колико би одговарало користи за поменуто време.^{2 3 4}

a L. 14. D. de R. J. cf. L. 39. D. de solut. 46. 3. b §. 27. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 14. 60. 73. 98. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 137. §. 4. eod. — L. 105. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. c L. 41. D. de V. O. 45. 1. d L. 42. eod. L. 50. D. de O. et A. 44. 7. e L. 17. D. de R. J. cf. L. 15. D. de ann. 33. 1. L. 43. §. 2. D. de legat. II. f L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. D. de solut. g. L. 213. D. de V. S. (§. 73. прим. 6. на крају). h L. 70. cit. not. f. i L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. — L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. k L. 9. §. 8. D. de pecul. 15. 1. L. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. cit. not. i.

Прим. 1. Стварно испуњење какве учинбе којој је тек доцније рок, зове се *repraesentatio*, L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 88. §. 5. D. de legat. II., отуда се она корист, коју отуда поверилац добија, назива *commodum repraesentationis*, L. 1. §. 10. D. ad leg. Falc. 35. 2. *commodum quod sentit in repraesentatione*, L. 10. §. 12. D. 42. 8. А корист, коју предмет у обвези, у међувремену, у оште, може донети или доноси, или дужнику кад би доцније платио, или повериоцу што је раније исплаћен, зове се *commodum temporis*, *medii temporis*, L. 45. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. L. 24. §. 2. cit. и код предмета, који носе интерес, значи то исто што *interusurium* (not. k.). У данашњем трговачком говору употребљује се израз: *рабат, дисконто*.

2 Па и онда не, ма да Puchta §. 241. код not. f. противно тврди, кад раније плаћање бива са пристанком повериочевим, а осније том приликом пристао на накнаду интерузуријума. — О особитом случају говори L. 24. §. 2. cit. *Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur; sed si, quum maritus satisdare posset, nolle, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis (Hal. repraesentationis) eum condemnnet, quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilatationem pati, quam in repraesentatione deductionem.* Срав. Vangerow III. §. 587. стр. 182. Petzoldt у Ztschr. für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für Sachsen, н. р. XIX. 7. (9.) стр. 385 и д. (481 и д.).

3 Осим случаја поменутих у прим. 2. могу се десити и други, (н.пр. L. 45. pr. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.), у којима је потребно, да се израчуна, колико је, у случају ранијег плаћања, поверилац више добио, а дужник више дао, те да се тако определи количина дужне тражбине, којој је рок доцније, у доба кад се плаћа. Wächter II. стр. 331 и д. То је математичан задатак. Смер му је, да, с једне стране, одреди суму, која би се као капитал имала плаћати у доба кад му је рок исплате, рачунајући у то и могући интересуријум или, с друге стране, да се, урачуњавајући и за то време могући интерес, определи сума, која ће на крају рока плаћања износити онолико, колико би дужник могао добити као интересуријум од дужне суме, а који би њему за то време припао. Ове две суме морају тако слагати, да кад се једна од њих одузме од правог капитала који се дугује, друга изађе, а кад се обе саберу да излази сума правог капитала. Овај је задатак правилно решио

Leibnitz у његовој расправи *Meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice*, штампаној у Acta Eruditorum p. 425 sqq. 1683, где је изложено логаритамско израчунавање интерузуријума, које представља капитал, који је на крају рока плаћања, са интересом и интересом на интерес раван правој суми капитала који се дугује. Математичну тачност таквог израчунавања, доказао је у новије доба Oettinger у civ. Arch. XXIX. 2., који даје још једну нову методу, која се по резултату слаже с првом, и по којој се могу подједнако израчунати обе оне величине (иза дужника и за повериоца). Срав. и Keil das Interusurium, Jena 1854. Други један начин израчунавања је тзв. Хофманов (по G. A. Hoffmann-у, који га је изнео у његовом делу „*Klugheit Haus zu halten*“, Leipzig 1731.) По томе начину, налази се капитал који је раван капиталу, који се дугује, кад му се урачуна прост интерес до краја рока плаћања, те је тако, за повериоца истине добар, али дужника штети. Рачунање бива по формули $X = \frac{100 \times k}{100 + np}$, и у тој формули k означава

капитал, n број година, р проценте, н.пр. $\frac{100 \times 1000}{100 + 20 \times 5} = 500$. При свем том има писаца који Хофманово рачунање бране као једино правилно, с правничког гледишта. Такви су н.пр. Schrader civ. Abh. II. 2. F. Zachariä über die richtige Berechnung des Interusurii nach Grundsätzen des Rechts. Greifswalde 1831. Rtslex. V. стр. 640 и д. Wächter II. стр. 333, а в. сада Reichs. Conc. O. §. 58. Међу тим то се не може признати. Puchta Vorles. II. §. 241. Срав. Vangerow III. §. 587. (стр. 187 и д.): „Најправилније би, свакако било, да се ни једна од метода рачунања не примењује искључиво, већ да се обе комбинују према конкретним приликама, за шта је Keil н. п. м. стр. 43. томе одговарајући напомене учинио“. Срав. и Windscheid §. 274. Лајбницов начин рачунања законски је признат у Пруској. А у Саксонској? против тога Petzoldt н. н. м. стр. 505 . 516. B. G. Schmidt Vorles. über das... in Sachsen gelt. Priv. R. 1869. I. стр. 363 и д. Очевидно је погрешна метода Пинкхардова (Pinckhard), коју брани Карпцов (Carpzon) (op. decis. ill. III. num. 275.), по којој се просто сума простих интереса одбија од капитала, дакле по којој, код рока од 20 година са интересом од 5%, капитал сасвим пропада, и која, према томе, може још поднети код сасвим кратких рокова плаћања.

4 Нема доказа, да се ма и један од показаних начина израчунавања употребљавао у рим. праву, но баш да је и доказано, то не би било меродавно. Puchta §. 241. not. g. Срав. a) L. 88. §. 3. D. ad leg. Falc. 35. 2. Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit

mihi centum praesenti die, tibi aequae centum sub conditione; post aliquantum temporis extitit conditio, ita tamen ut ex redditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque recipere: legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. Quum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse; quod minime verum est. Licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est, aliquanto uberiorus esse meum legatum. Quare statuendum erit, tanto minut in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres percepit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quatuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo egato est. Ово је место рјаво разумео математичар Oettinger н. н. м. стр. 43., јер није знао, да се по lex Falcidia количина имана и завештања одређују према времену смрти тестаторове. б) L. 3. §. 2. eod. Item si reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de Falcidia quaeratur, Marcellus putat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas. Ово би место говорило за Лајбницову методу, ако се у опште може употребити за ово питање. Oettinger стр. 45. 50.

§. 221.

3). Место испуњења.¹

Место испуњења може бити само по себи, неопходно, одређено природом учинбе. То је случај, кад је облигација управљена на предају какве непокретне ствари или ма какве друге учинбе, које су непосредно на исту управљене и које су везане за место положаја.² Место испуњења или учинбе може бити, даље, нарочито утврђено^a, а може бити и алтернативно, на овом или оном месту^b. У том случају поверилац не мора да прими учинбу на другом месту^c, а дужник је не мора извршити на другом месту^d, осим, ако би било доказано, да је место испуњења утврђено само у корист дужника или само у ко-

a L. 1. 5. D. de eo quod certo loco dari oportet. 13. 4. L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. b L. 2. §. 3. D. h. t. 13. 4. cf. L. 106. D. de V. O. 45. 1. c L. 2. §. 7. L. 9. D. h. t. 13. 4. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. d L. 1. D. h. t. 13. 4.

рист повериоца.³ Но повериоцу је дозвољено, да и на другом месту тужбом тражи,⁴ да дужник испуни обvezу или на месту одређеном или на месту тужбе, водећи при томе рачуна о месном интересу (Ortsinteresse), како једне тако и друге стране^e. Но ако место испуњења није нарочито утврђено нити се може неопходно извести из саме природе учинбе, онда се мора гледати поглавито на вољу страна, која се може извести из свију околности, даље из природе облигаторног односа и његовог предмета,^f и према томе определити, где ће дужник с правом моћи понудити а поверилац тражити испуњење, да ли ће поверилац морати, да оде да прими то што ваља испунити или да ли ће дужник морати, да однесе повериоцу оно што дугује, и на послетку, на чији ће се трошак и опасност предмет који је у обвези повериоцу послати^g. Ако је обвезни однос такав, да је поглавито удешен само у корист повериочеву, то по правилу, место испуњења ваља одређивати, штедећи дужника, у колико му не би каква кривица падала на терет, онде где би могао испунити без какве даље штете и без искавког даљег неправедног оптерећавања^h. Ако је обвезни однос поглавито удешен у корист дужникову, онда, по правилу, место испуњења ваља тако определити у корист повериоца, да на том месту може примити без штете по себиⁱ. Ако је обвеза управљена на оно чиме се неко (неправедно) обогатио, то се од дужника не може тражити никаква даља жртва у погледу места испуњења. Ако је обвеза управљена на накнаду штете, то се накнада не може отежавати повериоцу тешкоћама у погледу места учинбе.^j Ако место испуњења очевидно

e L. 2. et sqq. eod. L. un. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. 3. 18. f L. 38. 50. D. de iud. 5. 1. L. 47. pr. §. 1. L. 108. pr. D. de legat. I. — L. 11. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. L. 12. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 3. §. 4. L. 9. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. L. 4. §. 2. D. de peric. et comm. 18. 6. g L. 11. §. 1. L. 12. §. 1. citt. L. 4. §. 5. L. 6. pr. D. de edendo. 2. 13. L. 17. §. 1. L. 20. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5. h arg. L. 62. (61.) §. 5. D. de furtis. 47. 2. L. 7. D. test. quemadm. ap. 29. 3. — L. 10. §. 1.. L. 12. 20. D. commodiati. 13. 6.

4). Измене у испуњењу.

§. 222.

а). У погледу предмета.

Ако се не може испунити прави предмет обвезе, онда се поверилац мора намирити плаћањем новчане вредности његове (*aestimatio*), ако му тражбина није отпала сасвим, и то по обичној вредности, на месту и о року испуњења^а, осим ако кривицом обвезаног нису постале какве друге тражбине према обвезаном, (§. 206, 250 и д.).¹ И обратно, код обвезе на новац, кад дужник не може да набави новац, поверилац, који тражи исплату, може бити при-
нужен, да место новца прими друге ствари^{1а} дужникове као исплату, али само боље и по вредности утврђеној судском проценом^б. То је тзв. *beneficium dationis in solutum*.² Са пристанком повериоца може се таква измена у предмету увек^{2а} извршити^с. У осталом, примање нечег као исплате, сматра се као куповина, а новчана су-
ма сматра се, при томе, као куповна цена^д. Но у слу-
чају евикције (одузимања) онога што је примљено,⁴ може се тражбина употребити, као кад би још постојала^е.

Прим. 1. Против овог правила изјављује се Mommsen *Beitr.* II. стр. 100 и д., који, на против, редовно тражи, па и онда кад нема никакве кривице обвезаног, престацију (плаћање) мањка (*Interesse*), и од тога само извесна изузета дозвољава. Али в. против тога *Windscheid* у *Heidelb. krit. Ztschr.* II. стр. 530 и д.

^{1а} Nov. 4. (not. b.) говори само о непокретностима, а Н. Ц. О. говори и о покретним стварима.

2 Особиту привилегију дао је Јустинијан црквама и благим задужбинама. Цркве и благе задужбине, ако не могу да исплате њихов обвезе, дугове, уновчавањем покретних ствари, могу у

а L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 33. eod. б Nov. 4. cap. 3. спав. Н. Ц. О. §. 172. с pr. J. quib. mod. toll. obl. 3. 19. cf. Gai. III. 168. д L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. de evict. 8. 44 (45). L. 10. 24. Cod. de solut. et lib. 8. 42 (43). — L. 4. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. е L. 46. D. de solut. 46. 3

место исплате уступити у сопственост непокретности, али не по избору повериочеву, и повишавајући им процењену вредност са $\frac{1}{10}$ или му уступити само у државину и уживање непокретности, које би биле за то, те да се постепено из њихових прихода измири, и у том случају интерес се смањивао на 3% год. Nov. 120. cap. 6. Auth. hoc ius porrrectum Cod. de ss. eccles. 1. 2. Пракса је отуда извела за та правна лица у опште право на смањивање интереса у случају јаког задужења.

^{2а} Справ. сада и одредбе царев. занат. уредбе од 21. Јуна 1869. §. 134.. 138. и Nov. од 17. Јула 1878. управљене против тзв. трук система т.ј. исплаћивања радника у еспапима, намирницама, и уз то Mandry Reichsges. стр. 313 и д. 2. изд. стр. 426 и д.

3 Römer die Leistung an Zahlungsstatt nach Röm. und gem. R. 1866. Справ. Witte у krit. Vjschr. VIII. стр. 481 и д. Hruza z. L. v. d. Novation стр. 144 и д. „Ueber das Rechtsverh. aus d. Hingabe einer Tratte zahlungshalber“: Römer у његовој Abh. aus d. R. R., dem Handels- und Wechselrecht. Heft 1. (1877). Nr. 2.; (о томе Wendt у Jen. Litztg. 1878. Nr. 14. Regelsberger у krit. Vjschr. XXI. стр. 284 и д.). Bechmann Kauf II. стр. 557 и д.

4 Разна су мњења о томе: Römer Leistg. an Zahlungsstatt стр. 38 и д. 54 и д. Witte стр. 485 и д. Windscheid §. 342. прим. 14. Brinz 2. изд. §. 280. прим 12.

б). У погледу времена.

§. 223.

а). Изнуђеним почеком.

Дужник може, против воље повериочеве, добити почек т.ј. размак времена, у коме се дужник неће на-
теривати на испуњење, за које се време, дакле, тужба из тражбине против њега не може подићи. То је могло бити: 1) закључком већине поверилаца, било с об-
зиром на корист поверилаца или из правичне поштеде дужника, али највише на 5. година. Већина се одређује по величини тражбина, а ако су исте подједнаке с обе стране, онда по броју лица^а; 2) по претпису (рескрипту)

а L. 8. Cod. qui bon. ced. 7. 71.

владаљачком, или под претпоставком осигурања поверилаца, тзв. мораторијум, индулт, одложно писмо (moratorium, indulst, Anstandsbrief), litterae induciales или inspirationis и т. д., такође обично на 5 година, отуда се зове litterae quinquenales или квинквенеле, петорочница (Quinquennellen)^b. Тужбе, које су управљене само на одузимање ствари, које не припадају дужнику, не задржавају се датим почеком. За тужбе за које важи почек, наступа за то време прекид застарелости^c. Најновији царев закони укинули су установу мораторија. Могућност давања почека на основу закључка већине поверилаца постоји истинा још, али она наступа само по отвореном стечишту и по правилима о принудном поравнању. (§. 267. прим. 4).

§. 224.

β). Уступањем имања.

У случају немогућности плаћања, без своје крвице, дужник је могао избегти судско гоњење својих поверилаца тиме, што би им уступио своје целокупно имање на њихово измирење, bonis cedendo, отуда cessio bonorum, уступање имања^a. У таквом случају,¹ дужник се може бранити против свију тражбених тужба, које нису тек после тога постале, приговором (ексцепцијом)^b, али га неизмиренi повериоци могу терати судом и доцније, ако би дошао у боље имовне прилике^c. Ново царев законодавство^d укинуло је користи уступања имања.^e

Прим. 1. Cessio bonorum, које је увео lex Julia, зове се за то beneficium што дужника штити против других последица неспособности плаћања. L. 1. 8. Cod. h. t. L. 11. Cod. de caus. ex quib.

^a L. 2. 4. Cod. de precib. 1. 19. R. P. O. од 1577. Гл. 23. §. 4. ^c L. 8.

^b cit. in f. §. 110. not. c. ^d Уводни зак. уз царев. грађ. поступак §. 14. № 4.

Уводни зак. уз стеч. поступак §. 4.

^e Dig. de cessione bonorum. 42. 3. Cod. qui bonis cedere possunt. 7. 71.

^b L. 4. §. 1. D. h. t. L. 3. Cod. de bon. auct. iud. poss. 7. 72. ^c L. 3. cit.

^b L. 1. Cod. h. t. L. 6. 7. D. h. t. ^d Уводни зак. уз стеч. поступак §. 4. Степ.

пост. §. 152. став 1.

infamia irrog. 2. 11. (12). Heimbach у Rtslex. I. стр. 873.. 877. Sonnenschmidt Prakt. Erört. стр. 180 и д. О постојању и неког beneficium-a eiurationis bonaе copiae, која би постојала по неглосирају Nov. 135. cap. 1. в. Mühlenbruch §. 154. not. 14. §. 170. not. 8. срав. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. стр. 666 и д. Heimbach и. н. м. стр. 899 и д. Rudorff Zeitschr. für Rechtsgesch. IV. стр. 51 и д.

2 Да ли потпуно? Срав. Brinz 2. изд. §. 286. прим. 11.

§. 225.

γ) Услед прав. добочинства животне потребе.

(Rehtswohlthat des Notbedarfs).¹

Има прилика, у којима дужник може тражити, да се осуди само на онолико, колико је у стању да према његовим имовним приликама плати и то по одбитку оног што му је неопходно потребно за живот^a (т.ј. тзв. животне потребе, тзв. компетенце), in id quod facere potest.² То право на животну потребу остварује се у путу приговора учињеног против тражбене тужбе, и има му места и против actio iudicati^b, али се ограничава само на личност дужника^c. У погледу неизмиреног остатка не само да остаје обвеза као naturalis obligatio^d, већ постаје понова туживом, кад се и ако се поправе имовне прилике дужникове^e. Да ли ће се и у којој мери применити ово добочинство, зависи од имања дужниковог у тренутку осуде^f, али се при томе, изузев само један случај^g, други дугови не узимају у обзир^h. Нема му места противу тужбаба које потичу из деликате и про-

^a §. 37. 38. J. de act. 4. 6. L. 173. pr. D. de R. J. L. 16.. 25. 30. D. de re iud. 42. 1. ^b L. 23.. 25. D. l. c. L. 7. pr. D. de except. 44. 1. L. 63. §. 1. 2. D. pro soc. 17. 2. L. 12.. 15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. ^c L. 17. §. 2. D. 24. 3. L. 41. §. 2. D. de re iud. 42. 1. L. 33. pr. D. de donat. 39. 5. L. 5. pr. D. quod cum eo. 14. 5. ^d L. 8. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. ^e L. 8. Cod. sol. matr. 5. 18. L. 63. §. 4. D. pro soc. 17. 2. L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 47. §. 2. D. de peculio 15. 1. ^f L. 63. §. 6. D. pro soc. 17. 2. L. 15. pr. D. sol. matr. 24. 3. ^g L. 19. §. 4. L. 49. 50. D. de re iud. 42. 1. L. 54. D. sol. matr. ^h L. 16. 19. pr. D. de re iud. L. 63. §. 3. D. pro soc. 17. 2.

тив потраживања, које су основане у долусу дужника¹, као и у колико би се имање дужниково долусом смањило², а отпада, кад га се дужник одрече, ако у томе не би било нечег неморалног³. Основи, са којих је ово доброчинство оправдано, јесу или особити однос између дужника и повериоца⁴ или особита природа облигаторног односа, из кога потиче тражбина⁵ или особито својство дужника, са кога се то доброчинство даје дужнику према разним повериоцима.⁵

Прим. 1. Тај згодан израз употребио је Windscheid §. 267. на место досадањег израза „прав. доброчинство компетенције [Rechtswohlhat der Competenz], beneficium competentiae“ (размерности).

2 Израз: *condemnare in id quod facere potest* (*reus*) значи управо то, да се осуда има ограничити на стварни износ активног имања дужникова, L. 82. D. ad. leg. Falc. 35. 2. (cf. 37. J. 4. 6. „quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur“, L. 21. D. h. t. 42. 1. „ut non ultra facultates damnetur“, али је доцније по дужника повољније протумачен по L. 173. D. de R. J. In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. „Животна потреба... истине још не значи то, што и пристојно издржавање (standesmässiges Auskommen), али је не треба одређивати ни без обзира на личност и начин живота дужниковог“. Brinz 2. изд. §. 286. код прим. 20. Cf. L. 19. §. 1. D. h. t. 42. 1. (Paul. lib. VI. ad Plautium). Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo, nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi (*ipsius*) ratio habenda est, ne egeat. — Но у новије време мислило се, да је ово последње особито доброчинство, *beneficium (executionis)*, које се разликује од *beneficium-a condemnationis in id quod facere potest*, и не наступа у свима случајима са овим последњим, Schöman Hdb. II. 4., или, ако би се и узело да наступа свуда где и ово, да се од овог разликује тиме, што само ово (в. с. *in quod facere potest*) (изузимајући тиме,

¹ L. 22. §. 1. L. 52. D. de re iud. L. 21. §. 6. D. rer. amot. 25. 2. L. 4. §. 1. 2. D. quod cum eo. 14. 5. ² L. 63. pr. §. 7. D. pro soc. L. 51. pr. D. de re iud. 42. 1. ³ L. 14. §. 1. D. sol. matr. 24. 3.

јући неки мали број *not e.*), а не и прво (*b. executionis*) да ослобађа дужника од тужбе за остатак. Vangerow I. §. 174. прим. 1. Heimbach у Rtslex. I. стр. 878 и д. Срав. против тога Francke у civ. Arch. XXIII. 14. Unterholzner §. 181. 182. Puchta §. 244. *not a.* Међу тим у 6. изд. његовог дела, Vangerow је у ствари то његово мњење које одступа, у колико би било од практичне вредности, напустио, јер не дозвољава потпуно ослобађање за остатак, ни у ком случају. С друге стране Brinz 1. изд. стр. 544 и д. понова је усвојио горње разликоване и то тако, да код *condemnatio in id quod facere potest* држи, да је нужна кауција (*nuda promissio*), па да се одржи потраживање за остатак, док се то код простог ограничења екзеџуције (извршења) само по себи разуме. Другаче, но што је то у тексту, схвата правно начело у *not. d. e.* Wächter II. стр. 335, дужник остаје за оно што је одбијено под тужбом дужан, само је његовом дугу тек онда рок, кад дође у боље имовне прилике. Срав. и Brinz 2. изд. §. 223. № 3. §. 286. стр. 415.

3 Са тога основа имају то доброчинство: а) родитељи (и ванбрачни? *v. Sonnenschmidt praktische Erört. стр. 100 и д.) према деци, патрони према ослобођеницима, L. 16. 17. D. de re iud. 42. 1. Имају ли то исто право и деца према родитељима? L. 30. in f. D. l. c.? (§. 437. прим. 2.). Даље б) супружници међусобно, L. 20. eod., с) таст према зету (мужу), у погледу мираза, ако би се исти за време брака тражио, L. 21. 22. pr. D. eod. L. 17. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 84. D. de iure dot. 23. 3. Brinz 2. изд. §. 286. прим. 36. На послетку, по мњењу многих, д) и браћа и сестре међу собом, arg. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. „Cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat“.

4 Ту спада приговор компетенце (ограничења): а) мужа, његовог оца и његове деце (но не и других наследника) против тужбе за мираз, но не и против тужбе, којом се тражи повратак *dos receptitia-e*, L. 21. 23. 24. §. 1. D. de re iud. L. 12. et sqq. D. solut. matr., но при томе има у неколико утицаја и оно горње гледиште. Даље овде долази б) приговор оног који је нешто поклонио према тужби за поклон „et quidem is solus deducto aero alieno“ (*not. g.*): cf. L. 33. D. de iure dot. 23. 3. L. 84. eod. L. 41. pr. D. de re iud. Meyerfeld у Rh. Mus. VII. стр. 111 и д. с) ортак против тужбе из ортаклука, §. 38. J. de act. 4. 6. Да ли на то има права сваки *socius?* Срав. L. 63. pr. D. pro socio 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad edictum): Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quominus possint condemnare oportere; cf. L. 63. §. 3. ibid.; против тога L. 16. D. de re iud. (Ulp. lib. 63. ad edictum)

„... qui pro socio conveniuntur: socium autem omnium bonorum accipendum est“ Hal. socius... accipiens est, који је до- датак „највероватније, уметак компилатора из каквог правника другог мњења, учињен приликом састављања Пандеката“. Практични ресултат је тај, да то ограничавање па једну врсту ортаклука, услед неслагања та два места, сасвим отпада“. Puchta §. 245. not. p. срав. Windscheid §. 267. 4. изд. прим. 9. 5. изд. прим. 8. Другог је мњења Vangerow н. н. м. прим. 2. № 7. „Код *societas-a unius rei* такође се припушта, али само, ако се из претходне *causae cognitio* види, да ортаци стоје у међусобном односу“, arg. L. 22. §. 1. D. eod. quod autem de *sociis* dictum est... *causa cognita* se facturum *praetor* ndicit; али *causae cognitio* autem im hoc eris, ut neganti se *socium esse* aut ex doli *clausula obligato* non succurratur. Против тога Marezoll у Linde's Ztschr. XIV. 9. Нов покушај, да сложи та два места, учинио је Reuter у истом часопису н. р. XXI. 1. — Овде не спада *funeraria actio* против мужа по L. 27. §. 2. L. 28. D. de religionis. 11. 7. Vangerow прим. 2. № 5., јер је овде тражбина и по себи ограничена на id quod facere potest. Puchta §. 245. not. aa.

5 По том основу уживају доброчинство компетенце: а) војници за све врсте тражбина, L. 6. pr. L. 18. D. de re iud. 42. 1. (али не и тзв. milites Christi и Justiniani); б) они, који нису одавна ослобођени од очинске власти, у погледу дугова за то време заточени, у колико нису, услед смрти очеве, добили какво знатно имање, L. 49. D. de re iud. L. 2. . 5. D. quod cum eo. 14. 5.; с) дужник, који је своје имање уступио, па после тога опет стекао, у погледу тражбина свију његових тадањих поверилаца, §. 40. J. auct. iud. poss. 7. 72. Тадај сад отпао: § 224. Тврђење, да се то доброчинство односи и на тражбине доцније постале (срав. Thibaut civ. Abh. № 16.) не може се правдати са L. 4. §. 1. cit. Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari, а противан му је, и без обзира на унутарње разлоге, §. 40. J. cit. „ex integro... creditores cum eo experiuntur“, L. 3. Cod. cit. Ex contractu, qui cessionem rerum autecessit, debitorem contra iuris rationem convences etc. Срав. Windscheid §. 267. прим. 8. 4. изд. срав. прим. 13.

6 Доброчинство компетенце може се засновати и уговором L. 49. D. de pact. 2. 14. — Неосновано је мњење, о постојању неког *beneficium-a competentiae ex iure tertii* (Thibaut Syst. 8. изд. §. 662.), за који се тврдило, да постоји у корист онога, који

би био обвезан, на издржавање дужника. Puchta §. 245. на крају. Vangerow §. 174. на крају.

7 Да ли прописи о правном доброчинству животне потребе (компетенце) још важе, спорно је. Windscheid 5. изд. §. 267-268. излаже их као важеће право, а Baron 3. изд. §. 228. на крају изводи из ћутања царев. грађ. пост. изрично, да вреде и даље. Међу тим Dernburg Pr. R. R. 2. изд. II. §. 110. прим. 5. мисли, да су ти прописи баш ћутањем царев. грађ. пост. у том погледу укинути. Но нешто слично постоји и у царев. грађ. пост. §. 116.: Накнадно плаћање парничних такса, од којих је парнична страна због сиротиње ослобођена, ако би доцније била у стању да то учини, без смањивања издржавања потребног за ту породицу, а и §. 715. 749. имају сличну тежњу (предмети који се не могу узапити и тражбине, које се само донекле могу узапити). Уз то Mandry Reichsges. стр. 312 (2. изд. стр. 425) и д. Dernburg н. н. м. код прим. 6. налази у §. 749. № 3. чак један нов основ компетенце, који је узет из пруског права.

В. О сукобу у вршењу вишем тражбине.*

§. 226.

Тражбине поверилаца могу доћи у сукоб због истоветности њиховог предмета. У том случају дужник мора једног или другог измирити новчаном вредношћу учинбене*. Сукоб у вршењу постаје онда, кад вишем поверилаца траже измирење из имања дужникова, а имање нема толику новчану вредност, да се сви могу измирити, кад се дакле дужник налази у стању неспособности плаћања (инсолвенце). Такав *concursus creditorum* даје повода нарочитом поступку (конкурсни, стечишични поступак, Concursverfahren, Gantverfahren), коме је смер, да се повериоци према њиховим потраживањима, у колико је то могуће, редом, из целокупног имања дужникова измире. Тадај се поступак отвара или стечај поверилаца формално се утврђује судским решењем, које се доноси или на основу сопствене изјаве дужника (уступање

a L. 33. D. de legat. I. (§. 222.) cf. L. 26. D. locati. 19. 2.

имања §. 224) или по захтеву поверилаца због неспособности плаћања дужника^b. Отварањем стечаја дужник (кридар) губи право располагања са својим имањем (стечишна маса, Concursmasse), за исто се поставља старател (curator bonorum, Massacurator) и бранилац (Contradictor), коме је дужност, да брани интересе дужника и целине поверилаца на супрот тражбинама појединача. Од тог тренутка повериоци могу из имања које је упитању, само благовременим учешћем у том поступку добити намирење^c, ма да њихове тражбине према дужнику постоје и даље, и у колико то не би био случај^d. Но са особитих разлога може се прво извесан део имања ради подмирења извесних поверилаца (тзв. сепаратисте ex iure crediti нпр. §. 247. not. 2. §. 524.) издвојити и над тим делом засебно стечиште отворити^e. Смер је целог поступка: да се, с једне стране, сазнају сви имовни предмети општег дужника (актива) и продајом добије њихова целокупна новчана вредност, а, с друге стране, да се пречисте сва потраживања која би дошла у обзир према првој (пасива), према њиховој новчаној вредности, па да се тада намире сразмерно њиховој суми и према реду, који им припада.

* У §§. 226..228 изложено је оно што је важило по досадашњем општем приватном праву, а §. 228^a, излаже најважније измене, које је извршило у овом погледу најновије царевинско право.

Прим. Срав. Dernburg Preuss. Priv. R. 2. изд. II. §. 111..132. Birkmeyer Vermögen стр. 43 и д. Данашњи стечишни поступак оступа у многом погледу од римског. Ближе о томе спада у науку о поступку. Срав. Bayer, Theorie des Concursprocesses nach gem. R. 4. Aufl. München. 2. Abdruck. 1868. — C. Fuchs, der deutsche Concursprocess. 1877. Schultze d. deutsche Concursrecht in seinen Grundlagen. 1880. (о томе Schrütka у д. Wiener Ztschr. Jurist.

^a Dig. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. 42. 5. de curatore bonis dando. 42. 7. Cod. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venum-dandis et de separationibus (bonorum). 7. 72. ^c L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. ^d L. 3. Cod. l. c. 7. 72. (§. 224.). ^e Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. l. c.

VIII. стр. 346 и д.) Fitting das Reichsconcursrecht und Concursverfahren. 1881. (и уз оба ова последња дела: v. Canstein Construction der Concursrechtsverhältnisse, у Wiener Zeitschr. IX. 8. стр. 461 и д.) Sarwey die Conc. O. für das deutsche Reich v. 10. Febr. 1877. 2. изд. 1882. О расправи Канштајна в. Hellmann у крит. Vjschr. XXVII. стр. 144 и д.

§. 227.

Од целокупне суме дужничког имања, у које не улазе они туђи имовни предмети, који су само фактички у дужникову имању и чије издвајање могу тражити они, којима и припадају, (тзв. виндиканти (Vindicanten), сепаратисте ex iure dominii) одбија се најпре оно, што је потребно, да се подмире потраживања, која масу као такву смањују, а која су изазвата руковањем исте и отварањем стеч. поступка, а то су потраживања тзв. ма-сених поверилаца и трошкови судски и око руковања масе^a. Што остане то је имање, које служи за подмирење стеклих поверилаца. Правило је, да су повериоци међу собом равноправни, без обзира на време постанка њихових тражбина. Према томе, даље, они имају подједнако право на подмирење, сразмерно износу њихових тражбина, у колико имање достиже^b. Међу тим тражбине по кривицама^c уступају свима осталим^d. Даље, има тражбина, којима је, према осталим тражбинама, признато особито, прече право, по коме оне пре осталих имају право на подмирење^d (privilegium exigendi),² и које постоји или у корист личности повериочеве (privilegium personae)³ или у корист тражбине (privilegium causae)⁴. Међу овим привилегованим тражбинама има опет таквих,⁵ који имају прече право према осталим^e. Иначе и међу њима важи правило, о

^a L. 8. D. depos. 16. 3. L. 72. D. ad leg. Falc. 35. 2. ^b L. 6. §. 1. (L. 6.) Cod. h. t. cf. L. 32. D. h. t. 42. 5. ^c L. 17. 37. D. de iure fisci. 49. 14. L. un. Cod. poenis fiscalibus creditores praeferrri. 10. 7. cf. L. 48. §. 1. D. l. c. d. L. 16. et sqq. D. h. t. 42. 5. (in edit. Vulg. et Hal. „Tit. VI. de privilegiis creditorum“). ^e L. 34. D. h. t. L. 45. D. de relig. 11. 7.

међусобној равноправности^f. Они који имају какво заложно право на дужничким имовима, предметима, могли су то њихово право употребити, а да и не учествује у стечијству^g. Но по данашњој пракси, и они се морају, као и остали (тзв. хирографарски (chirographarische) повериоци јавити у масу, па после могу тражити њихово подмирење из новчане вредности предмета, који им служе као залога, пре осталих поверилаца, а по реду, који им припада. Има само неколико привилеговани тражбина, које су прече и од њих, и које с тога зову апсолутно привилеговане тражбине.⁶ На тај начин имамо, дакле, 5 разних врста поверилаца, које се могу појавити у каквом стечају: 1) апсолутно привилеговани повериоци 2) привилеговани и 3) непривилеговани заложни повериоци, 4) привилеговани и 5) непривилеговани хирографарски повериоци. У привилеговане или непривилеговане хирографарске поверице долазе и заложни повериоци, у колико би у исто време имали какву личну тражбину према кридару (дужнику), а не би били подмирени у 2-гој и 3-кој класи (врсти).

Прим. 1. То правило изриче L. un. cit. (not. c.): „Rem suam consequentibus poenae exactio postponitur“, и примењује га одмах на фискалне казне: Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio est (срав. прим. 3.), ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est; у чему се слаже са L. 17. cit. In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. Као да му противречи L. 37. cit. (Papinian): Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. „То се место може тако разумети: са њим (фиском) поступа се у погледу казне као са приватним, његов положај није гори, од положаја оног приватног „који такође има тражбину из кривице“. Puchta Vorles. II. § 248. на крају. Но против тога Windscheid §. 270. прим. 5. Vangerow §. 594. прим. I. 1. — То се правило не примењује на уговорне, конвенционале, казне (§. 211.). — Не спада овде начело,

f L. 32. D. h. t. g L. 6. 10. pr. Cod. h. t. cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. Cod. qui pot. 8. 17 (18).

да поклони на случај смрти уступају осталима. Они немају дјес-
тва, ако умрли по одбитку дугова није оставио довољно имања.
L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de m. c. donat.
39. 6. Срав. Arndts y Rtslex. IV. стр. 21. и д. (civ. Schr. II.
стр. 22 и д.).

2 Asher disquisit. de font. iur. rom. histor. (Heidelb. 1855.)
pag. 17 sq. труди се да докаже, да privilegium exigendi значи при-
вилеговано заложно право, да се privilegium in concursu cred. зове
иначе privilegium in bonis. Против тога Windscheid §. 270. прим. 4.

3 Privilegium personae (срав. §. 23. прим. 4.) имају: а) фискус
(држав. благајна), L. 34. D. h. t. 42. 5. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14.
cf. Paul. sentt. V. 12. §. 10. (прим. 1.); б) владалац и његова су-
пруга, L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.; с) вароши, L. 38. §. 1.
D. h. t. 42. 5. cf. L. 10. D. ad munic. 50. 1., и по мњењу многих
d) цркве, што није на никаквом закону основано, а нарочито
не на L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2.; е) жена или заручница за
њену доталну тражбину, мираз, L. un. Cod. de privilegio dot. 7.
74. L. 17. §. 1. L. 19. pr. D. h. t. 42. 5.; f) они који су под ста-
ратељством, за тражбине из старатељства, према стараоцима и
њиховим заменицима (протуторима), а и против деловоћа, L. 19.
§. 1.. L. 23. D. h. t. L. 42. 44. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7.

4 Privilegium causaе постоји за ове тражбине: а) за трош-
кове око погреба, дужника или неког другог, о чијем би се по-
гребу дужник морао старати, L. 17. pr. D. h. t. 42. 5. L. 45. D.
de religios. 11. 7., даље, по створеној практици, б) за трошкове у
болести, од које је дужник умро, и с) плата слугу; д) за зајам у
новцу, који је дат на поновно подизање какве зграде и на то и
употребљен, L. 24. §. 1. D. h. t. L. 25. D. de reb. cred. 12. 1., као
и е) за сразмерну накнаду трошкова око оправке заједничке зграде,
L. 52. §. 10. D. pro soc. 17. 2. (§. 133. not. g.); f) за тражбину, која
је потекла из уговора о набавци, прављењу или спреми лађе или
из куповине њене, L. 26. 34. D. h. t.; g) за тражбину управљену
на повратак новца, који је без интереса остављен код каквог бан-
кара (argentarius-a), L. 24. §. 2. D. h. t. cf. L. 7. §. 2. D. depos. 16. 3.,
а по пракси и за тражбину из actio depositi directa у опште. —
Онај који је дао новац за измирење таквог привилегованог пове-
риоца ступа, у погледу те тражбине, у прече право измиреног
повериоца.

5 По римском праву на прво место долазе погребни трош-
кови, даље тражбине у прим. 4. g., ако је уговорено враћање истог
новца, а са њима 3. a. b. и по обичном мњењу и е., за тим 4. f.

(против тога Puchta §. 248. not. v.) и на послетку, после свију осталих, 4. g., ако је остава (depositum) била тзв. depositum irregularē. Срав. Puchta Vorles. II. §. 248. № 3. b. Seuffert §. 254. Windscheid §. 271. прим. 17. не признаје у римском праву, да међу стеч. привилегијама има реда, осим оне за погребне трошкове, која претходи свима осталим, оне за фискалне тражбине и тражбине према банкарлу „у колико је остављен новац још ту“^a, а privilegium-y dotis даје првенство само према млађим (по постанку) привилегијама. Срав. још Fuchs у civ. Arch. LXII. 4 стр. 183 и д.

— По данашњем праву у неколико је друкчије; јер

6 Апсолутно привилеговане су тражбине: пре свију погребни трошкови, даље у једном реду и с једнаким правом трошкови у болести (4. b.), зарада слугу (4. c.) и заостали јавни терети и порезе. Срав. Mühlenbruch I. §. 173. Sintenis §. 94. код прим. 25. и д. Vangerow §. 594.

7 У погледу терминологије, начина изражавања извора, ваља гриметити, да се још у римском праву употребљава, као нешто обично, израз chirographarii creditores (или debitores): L. 4. Cod. h. t. 7. 72. L. 10. Cod. qui pot. 8. 17. (18). L. 7. Cod. de novat. 8. 41. (42). L. 38. §. 1. D. h. t. Pauli sentt. V. 26. §. 4. Привилеговани повериоци називају се privilegiarii creditores. L. 24. §. 3. D. h. t. 42. 5.

§. 228.

Док стечиште још није отворено, дужник задржава право располагања са својим имањем и поједини може, по праву, издејствовати, наплату његове тражбине, баш и да је дужник у ствари већ неспособан плаћати^a. Али, ако би дужник, у непоштеној намери, да своје повериоце или једног од њих оштети, своје имање, ма на који начин, смањио, то повериоци, који би тиме доиста били оштећени, могу према оном, коме би та намера дужникова била позната, оспорити отуђење, као противправно (alienatio in fraudem creditorum facta)^b, и тужбом га натерати,^c на враћање примљеног са припадком, у колико би то потребно било за њихово под-

^a L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. ^b Dig. quae fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. 42. 8. Cod. de revocandis his, quae per (in) fraudem (creditorum) alienata sunt. 7. 75.

мирење^d. У том случају,^e тако тужени, нема права, да тражи, да му се врати оно што је он дао дужнику, у колико се не би још налазило у његову имању^f. Но то право имају повериоци, после годину дана (annus utilis) од продаје имања,^g само у томику, у колико је тужени тиме обогаћен^h, а према наследницима примаоца у опште само с тим истим ограничењемⁱ. Непунолетници и они, који су нешто бесплатно добили, могу бити тужени, ма да им је била непозната намера отуђиоца да превари, за оно у колико су тиме обогаћени^j. Са истог основа може и поверилац, коме је дужник његову тражбину исплатио, бити принуђен, да врати оно што је добио^k, не само онда, кад се то десило тек после отварања стечишта^l, већ и онда, кад је и у колико је, већ пре тога, превременом исплатом добио нешто више, но што би могао тражити^m (commodum repraesentationis §. 220.) или ако је добио нешто друго, а не оно што би требао да добије. Но не може бити тужен и онда, кад је истина по добром расположењу дужниковом добио и то знао, али само оно што је имао примитиⁿ по својој тражбини.^o У осталом, горњој тужби има места и против непоштеног сингуларног сукцесора првог стечника,^p а повериоци могу тужити и самог дужника^q. Ако је дужник у тој истој непоштеној намери, са знањем другога, примио само обvezе на се, онда се за такве тражбине не даје тужба^r.

Прим. * Овде долази и A. Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor (1868), стр. 93. . 124, где је на врло поучан начин изведено упоређење између a. Paulian-e и a. Fabian-e.

^c L. 1. pr. L. 6. §. 8. L. 9. 10. §. 2. . 5. L. 25. §. 1. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de iure fisci. 49. 14. ^d L. 7. 8. D. h. t. ^e L. 6. §. 14. L. 10. §. 18. 24. D. h. t. ^f L. 10. §. ult. L. 11. D. h. t. (§. 104. прим. 2.). ^g L. 6. §. 10. 11. L. 25. pr. D. h. t. L. 5. Cod. h. t. ^h L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. D. h. t. i. L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. h. t. ^k Arg. L. ult. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. cf. L. 6. §. 6. in f. L. 10. §. 13. L. 22. D. h. t. ^l L. 6. §. 6. 7. D. h. t. cf. L. 129. pr. D. de R. J. ^m L. 1. pr. in f. L. 25. §. 7. D. h. t. cf. L. 10. §. 24. eod. ⁿ L. 25. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

1 Тужба, која се у том смешу даје, назива се обично, па основу L. 38. §. 4. D. de usur. 22. I., Pauliana actio и сматра се као лична *in factum actio*, но поред које је постојао у рим. праву још *interdictum fraudatorium*, који се од прве само у формалном погледу разликовао, а и још једна *rescissoria in rem actio* у погледу отуђених ствари, коју Theophilus ad §. 6. cit. такође назива Pauliana actio. Противно томе Huschke је у Linde's Ztschr. n. F. XIV. 1. доказивао, да су за тај смеш постојала разна правна срећства. И то: а) (старија) Pauliana actio (L. 1. pr. D. h. t. §. 6. J. cit.), због отуђења извршених ради преваре. То је била universalis (*fictitia*) *in rem actio*, која се могла употребити како пре тако и после продаје имања, а по њој се отуђење сматрало да и не постоји, а оно што је отуђено, као да је још у имању дужникову (*in bonis fraudatoris*); б) *interdictum fraudatorium*, против сваког смањења имања, које би дужник са знањем другог извршио, али који се могао употребити само пре продаје имања. Смеш му је, да без одлагања оно што је отуђено поврати и са осталим прода; и као његова допуна с) *personalis in factum actio arbitaria*, која се употребљавала тек после продаје имања, у истом домашају у коме и интердикат, а осим тога и према трећим, према приликама, уговарачима, којима би било неизвестно стање ствари, као и против самог дужника (фраудатора). Међу тим није доказано, да је стварни карактер оне прве тужбе имао толики обим, колики се горе узима и бар се то у Јустинијанову праву не може да види, у коме она шта више има карактер личне кривич. тужбе. Осим тога, оно што Huschke наводи, као материјалну разлику између тих трих тужба, подлежи знатној сумњи, а разлика која постоји у формалном погледу свакојако је у данашњем праву отпала. И тако, ресултати, до којих је дошла у данашњем праву отпада. Справ. Brinz ta расправа, имају само правно-историјски значај. Справ. Pand. 1. изд. §. 123. 2. изд. §. 345. Keller Pand. §. 370. Справ. Pand. 1. изд. §. 123. 2. изд. §. 345. Rudorff über die Rutilische Condaље у историјском погледу: Rudorff über die Rutilische Condaљe und das fraudatorische Interdikt, у Ztschr. für Rechtsgesch. VIII. стр. 62..99 и против тога Huschke тамо IX. стр. 329..366, справ. и Lenel das ed. perp. стр. 351 и д., 398 и д.; Gimmerthal über die heut. Anwendbarkeit der Pauliana actio, у prakt. Arch. n. F. III. стр. 225. и д. Fitting: Ist die actio Pauliana durch vorausgehende Concurseröffnung bedingt? у civ. Arch. XLIX. 13., справ. Sonnenschmidt у prakt. Erörт. Nr. 1. и у опште Windscheid II. §. 463. Vangerow §. 697. Holzschuher 3. изд. III. стр. 1159 и д. У место некадањег фраудаторског интердикта, данас је у обичају сумарни

поступак, у коме се на просту вероватност провизорно увршћује у стеч. масу оно што је у превари отуђено.

2 Huschke XIV. стр. 64 и д. вели, да по L. 10. §. 18. D. h. t. („ex die venditionis bonorum“) тај почетак annus utilis а важи само за *in factum actio* (прим. 1. с.), док за Pauliana actio и *interdictum fraudatorium* (прим. 1. а. б.), почетак тог рока ваља рачунати од времена противправног отуђења, (L. 6. §. 14. D. h. t. „ex die factae venditionis“, cf. L. 1. pr. L. 10. pr. eod.). Против тога Brinz 1. изд. стр. 533. Windscheid §. 464. прим. 21.

3 О тој тачци постоје врло разна мњења: а) сва плаћања, које би дужник, који је неспособан плаћати, пре отварања стечаја извршио према повериоцима из услуге, наклоности (*per gratificationem*), оспорива су. То је тзв. гратификациона теорија, која је некада била врло обична, али која је по not. l. сигурно погрешна, као што је то доказао Francke у civ. Arch. XVI. 5. 10. При свем том б) брани је, али само с ограничењем на случајеве, у којима је измирен поверилац имао *conscientiam fraudis*, Laspeyres у civ. Arch. XXI. 2., arg. L. 6. §. 1. 2. D. 42. 5. L. 24. 25. §. 1 D. h. t. L. 96. pr. D. de solut. 46. 3.; и сам Francke стр. 269 узима с) да за исплату *naturalis obligati*-је има места за Pauliana actio; и д) превремено плаћање неког дуга, коме би време плаћања наступило тек после отвореног стечаја, оспориво је, не само *quoad commodum representationis*, већ у погледу целог дуговања, само са одбитком оног, што би поверилац добио и у стечају: Francke стр. 266 и д. Laspeyres стр. 75 и д. Petzoldt у sächs. Ztschr. für Rechtspflege. n. p. XIX. стр. 481 и д.; е) с друге стране, по мњењима, која исказују Puchta §. 380. not. с. и Vorl. II. §. 380. № 3. с. Brinz стр. 531 ни *datio in solutum* не може се више оспорити, кад је једном извршено. — Давање залаге ван сваке сумње заснива тужбу (not. k.). Справ. у опште Vangerow II. n. m. Sintenis II. §. 124. II. 6. Windscheid II. n. m. прим. 30. и д. Brinz 2. изд. II. стр. 826 и прим. 5.

4 L. 9. D. h. t. Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quae situm est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit; quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur. Argumentum a contrario из тог места а на штету непоштеног трећег стечника, одбације као неумесан Huschke стр.

58, а с њим Windscheid прим. 23. Као и писац овог дела, мисле да му има места Brinz стр. 531. Sintenis н. н. м. прим. 34. Sonnenschmidt н. н. м. № 2. стр. 16. и д. Francke у Civ. Arch. LXII. 14. нарочито стр. 477 и д.

* Новија литература уз овај §: B. Nett d. a. Paul. u. d. interd. fraud. 1861. Friedländer de act. Paul. 1868. Reinhart die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. 1871. (о томе Czyhlarz и Brinz у krit. Vjschr. XV. стр. 83 и д.). Zürcher d. actio Pauliana nach gem. Recht u. d. neueren Codificationen. 1872. O. Schönemann d. Paulianische Kl. gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner. 1873. Hasenbalg z. L. v. d. Paulianischen Klage, insbesondere: unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden? 1874. (о томе Eck у Jen. Litztg. 1874. N. 38). A. Maierini della revoca degli atti fraudulenti fatti in pre-iudicio dei creditori. Firenze 1874. Mankiewicz z. L. v. d. act. Paul. 1874. O. Fischer Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung. 1875. Struckmann über d. Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana у dogm. Jahrb. XII. стр. 277.. 312. v. Schey zur Gesch. der act. Paul. und des int. fraud. у Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. стр. 120. и д. West welchem örtlichen Recht sind Veräußerungen zur Benachtheiligung der Gläubiger unterworfen? Civ. Arch. LX. 8. Kohler Natur der Paulianischen Klage, Ges. Abh. Nr. 9. стр. 317.. 338.

§. 228^a.

И царев. стец. поступак од 10. Феб. 1877. држи се тог начела, да се стечај не отвара по званичној дужности, већ само на предлог (захтев) дужника или једног повериоца^a. Но у последњем случају тражи, да се дужник сам, и у колико би то умесно било, и његов заступник или укућанин саслуша^b. Захтев да се стециште отвори може бити одбијен, ако, по нахођењу суда, стецишна маса не би била толико колико би одговарала трошковима поступка^c. Тако исто само онда може повести доношењу закључка о отварању стецишта, ако би било основа за отварање стецишта, а тај је, по правилу, у неспособности плаћања зајед. дужника, што нарочито ваља узети онда, кад наступи

^a Цар. стец. пост. §. 95. cf. §. 194. и д.

^b Исти §. 97.

^c Исти §. 99

обустава плаћања^d. Решење о отварању стечаја треба да назначи сат отварања стечаја. Ако је то пропуштено, да се учини, онда се сматра, да је стечај отворен у подне, оног дана, кад је решење донето^e. Са отварањем стечаја (поступка) зајед. дужник губи право руковања и располагања са имањем које спада у стецишну масу^f. Он је, истина, и даље субјект (подмет) свога имања, али је оно за рачун скупа стецишног поверилаца узапшено^g, чије интересе штите старалац масе (Concursverwalter), поверилачки одбор и поверилачки збор^h. Положај стараоца масе сад је много самосталнији. За пријаву стецишних тражбина одређен је истина рокⁱ, али је напуштено начело, да повериоци могу доћи до намирења само благовременом пријавом. На против, по сад. закону цене се и доцније пријављене тражбине^j, а стецишни су повериоци искључени тек онда, кад је стецишна маса фактички подељена^k. Стецишна маса обухвата „целокупно (за извршење способно) имање заједничког дужника у тренутку отварања стечаја“^l. То имање има да послужи — то је начело остало недирнуто — за подмирење стецишни поверилаца, у сразмери њиховим тражбинама. Међутим, сви који могу нешто прав. путем тражити од дужника, нису стецишни повериоци, а тако исто, и за све који би били то, стецишна маса није предмет подмирења, сразмерно њиховим тражбинама. Напротив царев. стец. поступак разликује: повериоце који имају право да нешто из масе издвоје (Aussonderungsberechtigte), који имају права да нешто од масе одвоје (Abssonderungsberechtigte) и масене повериоце (Massegläubiger), а међу стецишним повериоцима утврђује извесан ред (Rangordnung) тако, да и сад, и ако у мањој мери но пре, има стецишних тражбина, које имају прече право наплате од осталих (priv. exigendi) и на послетку, извесне тражбине изрично искључује од измирења у стецишном поступку.

^d Исти §. 94. cf. §. 203.

^e Исти §. 100.

^f Исти §. 5.

^g Исти §. 126.

^h Исти §. 130. cf. §. 140.

ⁱ Исти §. 143.

^j Исти §. 54. in pr. и № 8.

Према томе масу смањују:

1) „тражбине којима се тражи издавање каквог предмета, који није заједнич. дужника, из стецишне масе, на основу каквог стварног или личног права¹ (тражбине до сад тзв. виндиканата). Оне »се управљају по законима који важе ван стецишта», и могу се, дакле, у колико би се тицало одузимања ствари и неких плодова у натури,⁵ остварити према масеном стараоцу, без обзира на форме и рокове прописане стец. поступком.

2) тражбине, којима се тражи, од оних који на то имају права, оддавање⁶. У главном лица са таквим тражбинама одговарају сепаратистама ex iure crediti у досадањем праву, само су случајеви који овде спадају већином нови.⁶ Посебице, долазе сад у ову групу заложни повериоци, у колико се држе њихове залоге. Осим тога, сад се више не отвара за такве повериоце, као по пређашњем праву, засебан стец. поступак, већ лица са таквим тражбинама и не учествују у опште у стецишном поступку, и користе се њиховим правом према стараоцу, као и да није отворено стециште. На послетку

3) од стецишне масе „ваља пре свега одбити“ тражбине масених поверилаца⁷. Ту спадају масени трошкови (т.ј. „судски трошкови око заједничког поступка, издатци око руковања, уновчања и поделе масе, издржавање дато заједничком дужнику и његовој породици⁸ и масени дугови (т.ј. „тражбине, које потичу из по слова и радњи стараоца масе; тражбине из двостраних уговора чије се испуњење према стецишној маси тражи или чије испуњење има да наступи по отварању стецишта; тражбине, које потичу из бесправног обогаћења масе)⁹. Ако маса није довољна за потпуно измирење масених поверилаца, то ваља, „пре свега измирити масене дугове, после масене трошкове, а од њих прво издатке

у готовом и на послетку издржање дато зајед. дужнику и његовој породици⁹.

Оно што остане по одбитку оног под 1. 2. 3. то је тзв. чиста (нето) стецишна маса, која има да послужи за заједничко измирење стецишних поверилаца т.ј. „свију личних поверилаца, који у времену отварања стецишног поступка имају какво основано потраживање имовне вредности према заједничком дужнику¹⁰. Ако стецишна тражбина није управљена на какву суму новаца или та суза није одређена, то је ваља потраживати по њеној процењеној вредности у царев. течају¹¹. Ако би то биле тражбине из обвеза према зајед. дужнику, то поверилац може, до његовог потпуног измирења, од стец. масе потраживати сваку у оном потпуном обиму, у коме је могао тражити у време отварања стецишта.¹²

Међу стецишним тражбинама уживају прече право на мириења (Vorbefriedigungsrecht, privileg. causae) по следећем реду — при једнаком реду по сразмери њихове суме — ове¹³:

а) неплаћена зарада слугу за последњу годину пред отварањем стецишта (односно пред смрт заједничког дужника).¹⁴ У осталом израз „зарада слугу“ ваља разумети у врло пространом смислу;

б) тражбине због јавних дажбина, којима је био рок у послед. години или којима би дошао рок о отварању стецишта и које би као такве ваљало платити;

с) тражбине цркава и школа, јавних удружења и јавних завода, који су обvezani на примање осигуравања против пожара, у погледу учинба и дажбина, које би им припадале по закону или статутима (verfassungsmässig);

д) тражбине за трошкове у болести и око лечења учињене у последњој години, према утврђеној такси (bis zum Belaufe der Taxe); на послетку

¹ Исти §. 35. и д.

² Исти §. 39. и д.

³ Исти §. 50. ⁴ Исти §. 51.

⁵ Исти §. 52.

⁶ Исти §. 53.

⁷ Исти §. 2.

⁸ Исти §. 62.

⁹ Исти §. 54, cf. §. 55.

е) тражбине деце и храњеника и малолетника у по- гледу њихових имања, које је било, по закону, поверено управи дужнику. Но то прече право престаје, ако таква тражбина није употребљена судским путем у року од две године од престанка управе а њено измирење није тра- жено до отварања стецишта.

Све остале тражбине стецишне измирују се сразмерно њиховој количини. Од измирења у стецишту савсвим су искључени: интереси, који би нарасли од отварања стецишта, трошкови који би потекли за поједине повериоце, услед њиховог учешћа у поступку, новчане казне (но не и уговорене казне) и тражбине, које би по-тицале из каквог акта дарежљивости дужнику, за жи- вота или на случај смрти⁷.

Право оспоравања (Anfechtungsrecht) стец. по-верилаца, против свију оних радњи дужниковах пре сте- цишта, којима би се они штетили, проширило је у царев. стец. поступку.^{7b} Нарочито у томе, што су извесне правне радње означене као оспориве већ по томе, што је акт, којим је нешто из имања зајед. дужнику прешло у имање неког другог, био бесплатан и тиме, што се у другим случајима опет претпоставља долус, који се тражи или што се појам долуса проширује. Тако је одређено:

1) Да се сва бесплатна⁸ отуђења, која би заједнички дужник извршио у години која је претходила отварању стецишта, могу оспорити према стечнику, у колико би тиме био обогаћен, и без постојања долуса у дужника или стечника. Послови извршени у корист супружника, који би били бесплатни, по правилу се могу оспо- рити, ако су извршени за последње две године пред отварањем стецишта⁹.

2) Долус стечника не мора се доказивати код платежни уговора, које би дужник у последњој години пре отварања стецишта закључио са својим

и Исти §. 56.

и Исти §. 25. 30. i. f.

супружником или са извесним рођацима по крви или тазбини, у колико би се тим уговорима штетили повериоци. Но у том случају задржато им је право против-доказа, да стечнику није био познат *animus fraudandi* у зајед. дужнику¹⁰. Тако исто не мора се доказивати долус ни код оних правних послова, које би дужник по обустави плаћања или по учињеном предлогу отварања стецишта извршио, ако је стечнику била позната обустава плаћања (односно, предлог о отварању стецишта)¹¹.

3) Оспорљиви су „после обуставе плаћања или предлога о отварању стецишта или на десет дана пре једног или другог факта предузети правни послови, који су управљени на то, да неком стецишном повериоцу даду осигурање или подмирење, које не би иначе или не у том облику или не у то време могао тражити, у колико не би доказао, да му у време предузета посла, није било познато ни обустављање плаћања, ни предлог за отварање стецишта, ни намера дужнику, да га претпостави осталим повериоцима¹².“

У исти мање решено, да право оспоравања може вршити само старалац масе¹³, да за годину дана од отварања стецишта застарева¹⁴, да је оспоравање, које је основано према тестатору, основано и према наследницима, и да му има места и према долозном сингуларном сукцесору¹⁵.

На послетку, закон од 21. Јула 1879. решио је, до- тле спорно питање, да ли има места праву оспоравања против прав. послова дужника, од стране општећени по- верилаца, и ван стецишта, тако, да му има места. Право оспоравања има сваки поверилац, који би имао какав извршан тражбени основ и коме би тражбини био рок,¹⁶ у колико му извршење из имања дужникове није дало потпуно подмирење или у колико би се могло прет- поставити, да до тога неће доћи¹⁷.“ Оспорљиви су, у глав-

w Исти §. 24. № 2. x Исти §. 23. № 1. y Исти §. 23. № 2. z Исти §. 29. aa Исти §. 34. bb Исти §. 33. cc Закон од 1879. §. 2.

ном, сви они правни послови, којима би се смањивали они предмети који би при извршењу могли подмирити повериоце који су се затекли, и који се и у стечишном поступку могу оспорити^{dd}. Право оспоравања оних правних послова, које је дужник извршио у намери, да своје повериоце оштети, а та би намера била позната и другој повериоце, а та би намера била позната и другој страни, застарева за десет година од оног тренутка, кад је поверилачко право оспоравања постало, односно од тренутка кад је тај правни посао извршен^{ee}. Право оспоравања иде (као и у стечишту) по правилу против оног, који је са дужником неспособним за плаћање за-кључио оспорљиви правни посао или његовог наследника. Против трећег иде то право само онда, кад му је у времену његовог стицања била позната вараличка намера дужника или, ако би долазио у ред извесних дужнику близких лица, кад не би могао доказати, да у времену његовог стицања није знао ништа о околностима, које дају основа за оспоравање^{ff}. Онај који оспорава може од онога кога тужи,ⁱⁱ само онолико натраг тражити, колико је за његово подмирење потребно^{gg}, а тужени се може само на дужника обратити за повратак онога што је са своје стране учинио^{hh}. Ако би се над имањем дужника отворило стечиште, то право оспоравања може употребити старалац масе и том приликом тражити све што је по таквом послу учињено или дато од стране дужникаⁱⁱ.

Прим. 1. Справ. Mandry Reichsges. стр. 94 и д., 228 и д., 372 и д., 2. изд. стр. 118 и д., 318 и д., 508 и д. Windscheid 5. изд. §. 463. a. Brinz 2. изд. II. стр. 415 и д. §. 345. нарочито стр. 833 и д. Baron 3. изд. §. 232.. 235. Даље поред коментара стеч. пост. Grützmann das Anfechtungsrecht der benachtheiligten Concursgläubiger nach gem. R. und nach der R. C. O... (1882.) о томе Schrucka у Wiener Ztschr. XI. стр. 244. Meischeider у Rassow's Beitr. XXVII. стр. 751 и д. Korn Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Concurs. 1882. (Царев. зборник закона № 36) I. од. Уз то Brach (о томе Hellmann у крит. Vjschr. XXIV. стр. 565 и д.).

dd Исти §. 3. ee Исти §. 12.

ff Исти §. 11. gg Исти §. 7.

hh Исти §. 8. ii Исти §. 13.

mann die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners... 1883. Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Concurses nach deutschem Reichsrecht. 1884. В. и §. 226. прим. Из праксе: Rocholl Rechtsf. aus d. Praxis des Reichsgerichts I. 14. стр. 432 и д. О спису Grützmann-a: Hellmann у крит. Vjschr. XXVII. стр. 91.. 104; о спису Косака: Radkofer тамо стр. 104.. 107, и Menzel у Wiener Zeitschr. XIII. стр. 167.. 174.

2 Са тога су правне радње, које би заједнички дужник после отварања стечишта предузео према повериоцима (дакле релативно) нишавне, ма да његова правна за правну радњу по себи није ограничена тиме, што је дошао под стечиште. Стец. пост. §. 6. од. 1. Mandry стр. 96 и д. 2. изд. стр. 120. Dernburg Preuss. Pr. R. 2. изд. II. стр. 271 и д. О утицају стечишта на „испуњење правних послова:“ Стец. пост. §. 15. и д. Dernburg §. 118. 119. О могућности забране отуђивања у опште, за време припремног поступка: Стец. пост. §. 98. од. 1. Mandry стр. 170 (2. изд. стр. 245 и д.).

3 Справ. нарочито Dernburg §. 115.

4 Тако Brinz стр. 415 и д. и прим. 49. Није довољно тачан Стец. пост. §. 1. „целокупно имање заједнич. дужника, које му у тренутку отварања стечишта припада и које може бити предмет извршена“. Но в. и Dernburg II. стр. 281 и д. и §. 113. прим. 1. Mandry 2. изд. стр. 120 и д. и прим. 4.

5 Новчане тражбине, које се могу употребити према дужнику у путу виндикације (због уживаних плодова, због упропашћења ствари (детериорације) сматрају се као просте стечишне тражбине. Dernburg стр. 283. Но срав. и Стец. пост. §. 38.

6 Такво право одвајања ствари заједнич. дужника, (већином) оних, који се налазе у њиховом придржају, имају јавне благајне и удружења у погледу јавних дажбина, даље изнајмиоци и најмиоци, гостионичари, вештаци, занатлије и т. д. Још један такав случај права на одвајање ствари налази се у Царев. закону о еснафима (Reichsges. über die Innungen) од 18. Јула 1880. Mandry 2. изд. стр. 333.

7 Стец. пост. §. 61. Уз то Ladenburg Mitschuldner in Gant у Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. II. стр. 233 и д.

7^a О „пречем праву певачког хонорара (Liedlohns) ван стечишног поступка“: Stegemann у Bödiker's Mag. I. стр. 339 и д.

7^b Слично вреди сад и за Аустрију, зак. од 16. Марта 1884. (Царев. зборник закона № 36) I. од. Уз то Steinbach Commentar zu den Gesetzen v. 16. März 1884.. Wien 1884. О коментару Штајн-

бахову в. приказ у Rassow's Beiträge XXIX. стр. 144. A. Menzel das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. R. Wien. 1886.

8 Изузеће чине уобичајени поклони.

9 На то се угледао у II. од. и аустр. зак. цитиран у прим 7^b. Dernburg II. §. 132. V. Otto die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Concurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt (1881.) о томе Meischeider у Rassow's Beitr. XXVI. стр. 156 и д. В. Hartmann Gesetz betr. die Anfecht. v. Rechtshandl. eines Schuldners ausserh. d. Concursverf. 2. изд. 1881. Jäckel die Anfechtung von Rechtshdlgen zahlungsunf. Schuldner ausserhalb des Conc. auf Grund des Reichsges. v. 21. Juli 1879... (1881.) о томе Hellmann у krit. Vjschr. XXIV. стр. 565 и д. Meischeider у Rassow's Beitr. XXVI. стр. 466 и д. Срав. и прим. 1.

10 Оспоравање у путу приговора (експеције) може бити пре но што је добијен какав — извршан обл. основ. §. 5. зак. О могућности, да се за повериоца, који још нема извршни обл. основ или чијој тражбини још није дошао рок, доставом писменог акта, у коме је изражена намера оспоравања, продужи дати рок (§. 3. № 2.. 4) в. §. 4. истог зак. Jess у civ. Arch. LXVIII. 3. стр. 36 и д.

11 Савесан прималац какве бесплатнje учинбе, дужан је вратити оно што је примио, само у толико, у колико би тиме био обогаћен. §. 7. од. 2. зак.

III. ПОСТАНАК ОБЛИГАЦИЈА (ТРАЖБИНА).

§. 229.

Основи постанка облигационих (тражбених) односа јесу 1) правни послови (§. 58. 63.) и то поглавито а) правни послови, који су по заједничкој (сложној) вољи обе стране, како оног који има право тако оног који има дужност, намерно управљени на оснивање какве облигације (тражбине) т.ј. уговори, облигаторни или тражбени уговори (Schuldverträge) §. 63.; б) једнострана изјава воље обвезаног, која је управљена свесно (намерно) на примање какве обвезе, обећање (pollicitatio), које само по изузетку ствара облигацију (тражбину); с) које само по изузетку ствара облигацију (тражбину); с) које само по изузетку ствара облигацију (тражбину); с)

§. 63), али које нису управљене баш на стварање какве облигације (тражбине), али које их опет за то изазивљу, те се с тога могу назвати токоршњим уговорима (Quasicontractus); 2) недозвољене радње (§. 84); 3) извесна стања, случајне околности, из којих на основу правног прописа потиче каква облигација (тражбина), без какве радње с једне или друге стране. Поред питања о основима постанка облигација овде долази још и то питање, у колико облигације (тражбине) дејствују и на друга лица, осим оних за које је наступио какав облигаторан однос.

Прим. О римској подели в.: а) Gai. III. 88. Omnis... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. б) L. I. D. de O. et A. 44. 7. (Gai. lib. 2. aureor.): Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. в) 2. J. de obl. 3. 13. Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Cf. J. 3. 27. de obligationibus quasi ex contractu. J. 4. 5. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. L. 5. D. I. c. 44. 7. (Gai. lib. 3. aureor.) — „Веома несрћену класификацију (основа постанка облигација) даје Модестин“ у L. 52. pr. eod.: Obligamus aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. Puchta § 249. not. d. срав. Sintenis §. 95. О целом овом нају в. Savigny Obl. II. §. 51. и 85. Baron §. 209. 210. уз то Hofmann у Wiener Ztschft. I. стр. 462 и д. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 10. Brinz 2. изд. §. 247. Hofmann Entstehungsgründe d. Obl. 1874.

А. Правни послови.

§. 230.

У погледу правни послова, као основа постанка облигација (тражбина), као и правни радњи у опште, важе општа начела о њима (§. 59.. 79). Према томе, правне радње, нарочито уговори, таквих лица, који немају потребну способност правне радње, не могу бити основ

постанка за какву облигацију (тражбину) која би важила према таквим лицима^a. Међу тим, и за таква лица може потпуна обвеза потећи, посредно, придолажењем другог једног основа, *ex re^b* т.ј. на основу обогаћења, које би тиме за њих наступило^c. У толико, може нарочито малолетник, који би какав праван посао предузео без суделовања (*auctoritas*) стараоца, потпуно бити обвезан^d, ма да иначе такав посао непосредно и по себи таквог дејства нема^e.

Прим. Старо је спорно питање, да ли *pupillus infantia maior* предузимањем каквог правног посла, не закључује једну врсту *naturalis obligatio*, без обзира на случај обогаћења (not. d.), у коме постоји тужива облигација, и која се само са њеног основа означава као *naturalis*? Места у not. e. одбацију облигацију (обвезу) пупиле или у опште (*nulla obligatio est, non obligari pupillum*) или *iure civili* (или *more civitatis nostrae*). Али а) у два места изрично се пориче и постојање *naturalis obligati*-је: L. 58. (59). D. de O. et A. 44. 7. *Pupillus pecuniam mutuam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur*. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6. *Quod (Si quod?) pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet*. Срав. и L. 16. pr. D. de minor. 4. 4. Противно томе b) има опет других места, у којима се узима, да постоји таква (природна) облигација и то у разним правцима: а) L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. Gai. III. 119. β) L. 42. pr. D. de iureiur. 12. 2. L. 44. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. L. 127. D. de V. O. 45. 1. L. 35. D. de recept. 4. 8. γ) L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5. L. 95. cit. §. 2. 4. L. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. δ) L. 66. (64). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Срав. још и L. 3. §. 4. in f. D. de neg. gest. 3. 5. Према томе су постале и главна миљења о томе: 1) без обогаћења, но које се претпоставља у разним случајима, не постаје никаква *naturalis obligatio* пупиле или бар само у неправом, фактичном смислу. Тако Puchta §. 237. not. h. (срав. Holzschuher 3. изд.

a L. 5. D. de R. J. L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. (§. 59.). b L. 46.
D. l. c. c L. 1. §. 2.. L. 3. pr. commod. 13. 6. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6.
d L. 5. pr. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 3. §. 4. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 15.
D. depos. 16. 3. cf. L. 4. §. 4. D. de dol. exc. 44. 4. L. 13. §. 1. L. 14. D. de cond.
indeb. 12. 6. e §. 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 29. L. 9. pr. D. de auct. 26. 8.
L. 8. §. 15. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 1. Cod. de inutil. stip. 8. 38 (39). cf. L. 43.
D. de O. et A. 44. 7. L. 8. pr. D. de adquir. her. 29. 2.

III. стр. 8. и д.), који нека од поменутих места објашњава духовито, а по нека, нарочито она под α и β, погрешно или натегнуто. 2) Ваља разликовати између *infantiae* и *pubertati proximi*. Donell. lib. XII. cap. 22. §. 13. 3) У сваком случају постаје *naturalis obligatio* са свима њеним редовним дејствима и.пр. Göschen §. 428. Rudorff Vormundsch. II. стр. 279 и д. Savigny Obl. I. стр. 61. и д. (који, међу тим, признаје, „да има несугласице између места под а) и под б) и Scheurl у Heidelb. krit. Ztschr. I. стр. 506 и д. (који мисли, да се несугласица може јоши уклонити); само с ограничењем, да малолетник може тражити натраг оно што је платио без тутора: Büchel Civilr. Erörter. II. Verpfändung für nicht vollgilt. Obl. стр. 68 и д. Vangerow I. §. 279. R. S. Schultze de naturali pupillorum obligatione Gryphiae. 1854; и искључењем (у практичном погледу врло тугаљиве) употребе у путу компензације: Christiansen zur Lehre von der nat. obl. стр. 120, (против тога Goldschmidt у civ. Arch. XXXIX. 17.). 4) Постаје истина *naturalis obligatio*, али она нема у опште редовна дејства према самим пупили. Brandis у Linde's Ztschr. VII. стр. 149 и д. Срав. и Weber nat. Verbindl. §. 71. Rosshirt у његовом часопису I. 2. стр. 130 и д. Unterholzner I. §. 78. Brinz krit. Bl. III. стр. 15 и д. 57. Pand. 1. изд. стр. 572. 575. 2. изд. §. 220. стр. 47 и д. Wächter I. стр. 435 и д. Новије расправе о овом спорном питању од Keller-a у Bekker's Jahrb. IV. 12. и Schwanert Naturalobl. стр. 363 до 392 полазе с правом од оцене основа, са кога је обвеза пупила без стараоца оглашена за ништавну и долазе, у главноме као миље под 4., до ресултата, да таква обвеза у првом реду пупилу не обвезује. Међу тим она ствара *naturalis obligatio*, која је довољан основ за пуноважно плаћање, експромисију, јемство и замагање од стране трећих, па и од стране самог *pupillus*-а с *tutore* или *pupillus*-а *pubes factus*-а или пупилских наследника. А тако, као *naturale debitum*, може бити од правног значаја у опште, у колико то не би било противно намери закона, да пупилу штити од штете, која би могла настати по њега предузимањем обл. по слова. Срав. и Bekker у Jahrb. IV. стр. 404. Tikitin de natura bilat. obligationum diss. 1867. pag. 69. sqq. annot. 1. С правом се тврди, противно Schwanert-у и. и. м., да се и оно плаћање (испуњење), или какво друго признање може оспорити, које би старавац или одрасла пупила или његови наследници извршили само из заблуде. Windscheid §. 289. прим. 11.. 16. Срав. и Huschke L. d. R. R. vom Darlehen, стр. 79 и д.

1). Уговори.

а). Закључивање облигаторних (тражбених) уговора.

§. 231.

α). Изјава воље.¹

Под облигаторним (тражбеним) уговором разумемо узајамно изјављену сагласност воље разних лица, која је управљена на оснивање какве обвезе једне или обе стране, којој је садржина каква облигаторна^{1a} учинба (Leistung). За појам његов битно је, дакле, обећање с једне стране и примање тог обећања (акцептација) с друге стране (једнострани облигаторни уговор) или узајамно обећање и његово примање са обе стране (двестрани или узајамни (међусобни) облигаторни уговор). Уговор је закључен, кад је у намери обавезе^{1b} (и у прописној форми) (§. 232) изјављена^a сагласна воља уговорајућих страна (пацифиче-ната или контрахената, уговорача), у погледу свију битних тачака. Према томе, дакле, нису обвешни 1) једнострани позиви или понуде (пропозиције, предлози) за закључивање уговора, па и онда, кад су учињене у облику формалног обећања, све дотле, док није изјављено примање њихово с друге стране. Но примање је без дејства, ако би наступило тек после изричног или прећутног повлачења понуде;² 2) обосграна припремна преговарања о уговору, који се мисли закључити (трактати, преговори) дотле, док се доиста не постигне и изјави сагласност воље. Но овде може бити то, да се резултат тих преговора изложи у уговоре који везују (раста ргаераторија), а нарочито да се пре свега утврди, да ће се извесан уговор закључити (претходни уговори, Vorverträge, раста de contrahendo). У том случају, ако се не дође до закључења уговореног уговора, може постати потражи-

a L. 1. §. 1...3. D. de pact. 2. 14. cf. L. 9. D. de contrah. emt. 18. 1.

вање за мањак (Interesse), који би отуда наступио^b. Претходно писмено утврђивање, обострано усвојених битних тачака каквог уговора, (тзв. уговорне основе, пунктијација), који тек у особитој (нарочитој) форми ваља закључити, може бити већ само по себи потпун уговор или имати значај pactum-a de contrahendo или просто карактер трактата. То зависи или од намере уговорача или од природе и значаја оне форме која још не достаје (§. 232).³

Прим. 1 Срав. у опште Regelsberger Civilrechtl. Erört. Heft 1. „Die Vorverhandlungen bei Verträgen“. 1868. о томе Schletter's Jahrb. XIII. стр. 89 и д. Windscheid у krit. Vjschr. X. стр. 152 и д. Exner тамо XI. стр. 337 и д. Vangerow §. 603. прим. 1. (7. изд. III. стр. 248 и д.). Sintenis (3. изд.) II. §. 96. стр. 248 и д. Windscheid Pand. II. §. 306.. 310. Holzschuher (3. изд.) III. §. 236. стр. 303 и д. Schlossmann der Vertrag 1876. — У чему је основ обвеној сили уговора, питање је, које, као и питање о основу заптите државине, спада у првом реду у философију права, а у чему су га налазили Римљани (односно Немци) питање је, које спада у историју права. Но мњења о томе нарочито, да ли је тешките у вољи обетника (промитента) или у поверењу примца обећања (промисора), имала су и морала су увек имати утицаја и на теоријска, докматична истраживања (н.пр. на питање о закључењу уговора међу одсутним, о заблуди). В. о оном (првом) питању Hofmann Entstehungsgr. d. Oblig. §. 12. и д. Modderman Wil of vertrouwen. Groningen. 1880. Модерман је присталица теорије поверења а противник теорије воље.

1^a Но опет је за то могуће „да се неко на основу једног послана, не само обвеже, већ да постане у исти мах и сопственик или да стече неко друго стварно право, или бар да постане држалац, придржник, примац какве учинбе (Leistung)“. Brinz 2. изд. §. 248. у почетку и доле §. 232. прим. 4. а.

1^b Срав. уз то Hofmann Entstehungsgründe d. Obl. §. 8. 9. Lenel у dogm. Jahrb. XIX. стр. 199 и д. Bechmann Kauf II. стр. 270 и д.

2 Врло је често тешко питање, да ли је и кад је узајамна изјава воље свршена, и према томе уговор закључен, а једнострано опозијаше с једне стране изјављеног више не дозвољено? У том погледу ваља приметити:

b cf. L. 68. D. de V. O. 45. 1. в. сад још и Царев. степ. грађ. пост. §. 779.

а) Изјава примања каквог обећања може претходити самом обећању, у облику молбе или питања, као што је то био случај код римске стипулације.

б) Између обостраних изјава воље може протећи неко време. Од прилика зависи, докле ће се учињен предлог сматрати да постоји. L. 1. § 1. D. de V. O. 45. 1. (cf. L. 12. pr. D. de duob. reis. 45. 2.), није правило, које би било од опште примене, јер се односи на римску стипулацију.

с) Међу одсутним, изјава воље с једне стране у сваком је случају без дејства све дотле, док је друга страна не сазна. § 1. J. de V. O. 3. 15. L. 1. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. § 15. L. 48. D. de O. et A. 44. 7.

д) Врло је спорно, како ће бити онда, кад се иде на закључење уговора међу одсутним, који њихову вољу саспштавају преко посредника [испоручилаца] или писама. L. 2. pr. D. de pact. 2. 14. L. 1. pr. ... § 2. D. mand. 17. 1. Многи полазе с гледишта, да и овде обостране изјаве воља дејствују тек као свршене међусобне изјаве воља, т.ј. када је изјављена воља дошла другој страни до сазнања и с тога сматрају да је уговор тек онда и закључен, ма да је ономе који је учинио понуду, да се уговор закључи, било (раније) познато, да је његова понуда примљена. В. нарочито Hasse у Rhein. Mus. II. стр. 371 и д., даље Bekker у његовом Jahrb. II. № 11. III. стр. 116 и д. и нарочито Regelsberger н. н. м. стр. 23 и д. и уз то Vangerow н. н. м. Wächter II. стр. 357 и д. Други на против сматрају, да је довољна и изјава воље управљена на примање (понуде), и пре но што је то сазнао онај који чини понуду, али веома јако одступају међу собом у томе, колико мора да је предузето, да би онај који чини понуду сазнао примање понуде, па да се искључи опозивање понуде од стране понуђача. Wening у civ. Arch. II. 25. стр. 267 и д. Scheurl Beitr. I. стр. 304 и д. и другаче у dogm. Jahrb. II. 5. Emminghaus у prakt. Arch. н. р. VI. 3. спав. Puchta § 251. Sintenis и Holzschuhер н. н. м. Dahn у Ztschr. für Handelsrt. IX. стр. 503 и д. (противно своме ранијем схватанју у 3. изд. Bluntschli's d. Privatrecht стр. 457.). Thöl Handelsrecht 4. изд. I. § 57. За означење та два главна мњења предлагани су разни изрази: теорија сазнања и теорија изјашњења (Vernehmungstheorie и Aeusserungstheorie) — Regelsberger — или ресцисионна (Rescissionstheorie, од rescisco) и декларационна теорија — Dahn — или рекогнициона и агниционна теорија (Recognitions u. Agnitionstheorie) — Vangerow. Нову, посредну теорију, покушао је, да створи Windscheid

н. н. м. (у 2. изд. друкче но у 1.). По њему је изјава примања понуде већ по себи, као управљена на онога који чини понуду, свршена, чим је онај који чини изјаву примања испустио из својих рук, из своје власти оно срество, које је употребио за саопштење своје изјаве воље. Али та је воља, по њему, опозивљива све дотле, док није допрла до онога који чини понуду и при томе разликује, да ли је у примању изјава воље да постане поверилац или дужник, а при предлогу двостраног уговора, да ли се у томе изјављује воља понуђача да он постане поверилац или дужник. Доиста духовито, али?? Како теорија тако и пракса нема сталног (утврђеног) мињења у овом питању. За трговачке послове поставио је неколико законских одредаба Царев. Трг. Зак. у чл. 317.. 323, по којима се већ сама понуда уговора као таква сматра као обавезна донекле, на шта су се угледали и Сакс. Грађ. Зак. § 814.. 818. и Бавар. Пројект II. чл. 7.. 15. Срав. Bekker н. н. м. II. стр. 385 и д. Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 163. (civ. Schr. III. стр. 497) и д. О пруском праву в. Ldr. I. 5. § 90. и д. Förster I. § 77. стр. 418 и д. и Dernburg I. § 107. II. § 11. 56. О новијем законодавству у опште Regelsberger н. н. м. стр. 43 и д. — Koerpen der obl. Vertrag unter Abwesenden у dogm. Jahrb. XI. 2. Brinz Pand. I. изд. § 361. и д. стр. 1578 и д. Sohm у Ztschr. für Handelsrt. XVII. стр. 16.. 107. „Realisirungstheorie“. H. Schott der obl. Vertrag unter Abwesenden 1863. Prakt. Arch. н. р. IX. стр. 324 и д. H. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873. стр. 11 и д. 20 и д. 53.. 75. уз то Unger у Wiener Ztschr. I. 12. стр. 357 и д. Fr. Hofmann die Entstehungsgründe der Obl., insbesondere der Vertrag. 1874. I. стр. 1.. 49. II. стр. 72 и д. и Stobbe Reurecht und Vertragsschluss nach älterem deutschem Recht у Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. стр. 209 и д. — Windscheid 5. изд. §. 306. 307. Kühn Vertragsschluss unter Abwesenden у д. dogm. Jahrb. XVI 1. Marsson d. Natur der Vertragsofferte. 1879. Wendt Reurecht und Gebundenheit II. стр. 9 и д. Gardeike d. Verträge unter Abwesenden und die Rechtsverh. bis zum vollendeten Abschluss. 1882. (о томе Regelsberger у krit. Vjschr. XXIV. стр. 330 и д.) Leonhard Irrthum стр. 125 и д. 355 и д. Modderman стр. 31 и д. Oemler über Vertragsschluss unter Abwesenden nach gemeinem Recht. Berlin. 1885.

е) И ако се према д) није дошло до закључења покренутог уговора, опет за то може постати тражбина накнаде штете према ономе који би одступио. То је ван сваке сумње онда, кад против онога који је одступио стоји прекор, да је тиме злонамерно ишао на оштећење друге стране (actio doli). Даље и онда, кид се понуда

за уговор могла тако схватити, да је онај на кога је била управљена могао бити побуђен да одмах приступи радњи која би томе одговарала, кад је дакле у самој понуди лежало већ и овлашћење на такву радњу. У том случају, онај који чини понуду мора признати за обавезно по себе све оно, што би по томе било урађено, пре но што би се опозивање саопштило другој страни, арг. L. I. § 2. L. 15. 26. § 1. D. mand. 17. 1. Но данашња правна наука нагиње том назору, да се у опште против оног, који би изазвао у другог сигурну веру у закључак уговора, који за тим није дошао до закључка или који би са других разлога постао ништаван, да тражбина на накнаду тзв. негативног уговорног мањка, (*Vertragsinteresse*) т.ј. на учинбу (*Leistung*) онога, што би други имао, да му није био отворен изглед на закључак дотичног уговора Jhering Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen у dogm. J.ahr. IV. 1. срав. истог „Schuldmoment im röm. Privatr.“ стр. 38 прим. 73. Vangerow (7. изд.) I. § 109. III. стр. 252. Windscheid §. 307. прим. 5. Scheurl у dogm. Jahrb. II. стр. 273. и д. Bekker у Jahrb. II. стр. 364 и д. IV. 5. Regelsberger стр. 32 и д. Dernburg II. §. 16. и д. Но у погледу оправдана и тачнијег определења те дужности накнаде штете и њених претпоставака није још постигнута сагласност међу писцима. Срав. Sintenis 3. изд. II. §. 96. прим. 18а. Windscheid и. н. м. 4. и 5. изд. Уз то срав. још детаљније (против Jhering-а) Mommsen Erörterungen II. нарочито стр. 1. и д. 134 и д. 212 и д. (о томе Leonhard у Goldschmidt's Ztschr. XXVI. стр. 284 и д., но в. сад истог Irrthum стр. 527 прим 1. и у опште тамо стр. 524 и д., из најновијег доба Hartmann у d. dogm. Jahrb. XX. стр. 14 и д. В. и Mitteis Stellvertretung стр. 159 и д.

f) При преговорима међу одсутним може се десити случај, да је лице које посредује [Mittelperson] погрешно саопштило вољу једне стране другој. Питање је, какве су последице у том случају? То је питање постало нарочито важно у наше доба, за случај кад је као срећство за изјаву воље употребљен телеграф. И у том се мњења још врlo јако разилазе. Срав. поред писаца наведених под e, још нарочито Reyscher у Ztschr. f. deutsches Recht XIX. стр. 286 и д. 456 и д. Fuschs у civ. Arch XLIII. 5. Busch das. XLV. 1. Mittermaier das. XLVI. 1. XLVII. 11. Bähr у dogm. Jahrb. VI. 5. особито и Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile et commerciale. Pavia 1862. (немачки превод од L. Roncali-a 1865.), даље Meili das Telegraphenrecht. 1871. (2. изд. 1873.); Мајли је присталица теорије сазнана а Серафини теорије изјашњења (nr. d.);

Regelsberger у крит. Vjschr. XIII. стр. 543 и д. Windscheid 4. изд. §. 309. прим. 5., 8. Mommsen Erörterg. II. стр. 125 и д. О дозвољености понуда (оферата) које би одмах везивале (са напуштањем могућности опозивања истих): Dernburg Pand. II. §. 9. н. кр. §. 11. прим. 12., ерав. Bechmann Kauf II. стр. 278 и д.

3 О томе Regelsberger Civilr. Erört. стр. 129 и д. Windscheid §. 310. Degenkolb der Begriff des Vorvertrags. 1871., о томе Göppert y krit. Vjschr. XIV. стр. 400 и д. Kohler Ges. Abh. Nr. 2.; Darlehen und Vorvertrag. (стр. 44 до 62). Leonhard Irrthum стр. 158 и д. Eisele y Zeitschr. f. schweiz. R. н. р. III. стр. 23 и д.

4 КАО Особиту врсту отварања могућности за закључак уговора
ваља сматрати лицитацију (Versteigerung), која се у томе састоји,
да се закључак уговора о извесној учинби с једне стране нуди ономе,
који би понуђачу (предлагачу, пропоненту) најповољније услове по-
ставио, а то је или ономе који највише даје или који најмање узима.
Та се врста понуде код продаја назива аукција (надметање) или
субхастација (јавна продаја) и за извесне је случаје законом
прописана: а) L. 2. 3. Cod. de execut. rei ind. 7. 53. L. 2. Cod. si
in causa iud. pign. 8. 22. (23). б) L. 2. Cod. de fide et iure hastae
fiscalis. 10. 3. с) Nov. 120. cap. 6. §. 2. д) L. 3. Cod. de locat. praed.
civ. 11. 71. (70). О разним схватањима овог посла в. Glück XVI.
стр. 267 и д. Puchta Lehrb. и Vorles. §. 252. Sintenis II. §. 96.
прим. 19.. 23. Keller Pand. §. 223. н. кр. Holzschuher 3. изд.
III. стр. 748 и д. Kindervater y dogm. Jahrb. VII. 1. 7. Jher-
ring тамо VII. 4. 8. Unger тамо VIII. 5. Regelsberger н. н. м.
стр. 162 и д. Reuling y dogm. Jahrb. X. 6. Siegel н. н. м. §. 10.
стр. 82.. 90. Windscheid 4. изд. §. 308. прим. 10.. 18. Stobbe
Handb. III. §. 169. Не слажу се међу собом и sächs. Gstzb. §. 819.,
hess. Entw. IV. Art. 83. и bayer. II. Art. 16. Срав. Lang Kritik
des bayer. Entw. II. стр. 17 и д. — Важи ли обећање нелицитирања?
Seuffert's Arch. 12. 16. Срав. Dernburg II. стр. 28 и д. Срав.
још Jahnke Verkauf durch Versteigerung. Greifsw. 1878. Kolleg's
die nichtigsten Rechtsgrundsätze bei Privatauctionen, у Bödicker's
Mag. VI. стр. 51 и д.

§. 232.

β). Форма договора.

При закључивању облигатор. уговора, као и других правних послова (§. 64), може доћи у обзир извесна форма, било за то, да се тиме олакша или омогући докази-

вање истих или да се осигура туживост и важност њихова.¹ Опште приватно право не познаје форме, од којих би само могућност доказивања (*Beweisbarkeit*) облиг. уговора зависила,² а за оне, од којих би важност њихова зависила и које су законом прописане, само по изузету³. Но ако је вљом страна уговорена каква нарочита уговорна форма, нарочито на писмено стављање н.пр. каквог уговора куповине, то је испуњење исте код написеног стављања потпис обе стране на исправи на чисто (*mundum*) преписаној, у сумњи, услов за важност уговора,⁴ тако да дотле не постоји никаква обвеза, па ни обвеза на закључење уговора⁵. И туживост уговора не зависи по данашњем општем праву од испуњења какве одређене форме, ма да је по рим. праву у великому обиму важило противно и ма да је у његову систему уговора важило шта више правило⁶, да на основу прости без никакве форме закљученог уговора не постаје тужива тражбина, ако не придође испуњење једне стране, изузимајући неколико малобројних или иначе важних случајева.⁷

Прим. 1 Ради сравњења рим. права са новијим законодавством у овом погледу в. Arndts über schriftliche Auffassung der Verträge у Ulrich's Neuem Arch. für preuss. Rt. I. стр. 132. (civ. Schriften III. стр. 188 и д.). Срав. и Arndts у krit. Ueberschau I. стр. 138 и д. у krit. Vjschr. V. стр. 9 и д. 166 и д. (civ. Schr. III. стр. 393 и д. 482 и д. 500 и д.). Keller Pand. §. 221. 222. Regelsberger II. стр. 134 и д. Windscheid §. 312. Stobbe III. §. 173. н. н. м. стр. 134 и д.

2 Питање је поступка, да ли и у колико извесна врста поступка (извршни поступак, екзекутивни поступак, Executivpo-

a Н.пр. L. 34.. 36. Cod. de donat. 8. 53 (54). (§. 81). Nov. 120. cap. 6. §. 2. (§. 198. not. c. d.). b L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. (Justinian.). pr. J. de emt. vend. 3. 23. cf. L. 4. D. de fide instrum. 22. 4. c L. 7. pr... §. 2. 4. D. de pactis. 2. 14. L. 13. 28. Cod. de pactis. 2. 3. L. 1. §. 2. D. de perm. 19. 4. L. de verbis. 3. 4. Cod. de rer. perm. 4. 64. cf. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 3. 4. Cod. de verbis. 3. 15. et sqq. de litterarum obligatione. 3. 21., de 14., de verborum obligatione. 3. 15. et sqq. de litterarum obligationibus. 45. 1. Cod. de consensu obligatione. 3. 22. — Dig. de verborum obligationibus. 45. 1. Cod. de trahenda et committenda stipulatione. 8. 37 (38). — Dig. de praescriptis verbis et in factum actionibus. 19. 5. Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione 4. 64.

cess) за остварење какве тражбине зависи од особитог начина контатовања њеног постојања (Beurkundung derselben). Од таквог је значаја форма и код меничних тражбина (отуда менични поступак), о чему испоредити немачко приватно право, нарочито немачки менични поступак (Art. 4).

3 О побудама тога прописа: Keller §. 222. Но он иде дакле, кад тврди, да нема никакве разлике у томе, да ли су уговорачи (а то би било доказано) имали намеру, да се обвежу већ са усменим договором или писменом пунктијом. Срав. и Bähr Urtheile d. Reichsgerichts. Nr. XVII. стр. 171 и д.

4 L. 7. §. 4. D. de pact. Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. „ex pacto actionem non origi“. Pactum или pactio зове се у опште прост ма на који начин изјављен споразум. Такав споразум ствараје по рим. праву цивилно-правно туживу облигацију и постајаје уговором (контрактом, contractus), само под извесним условима. И то: а) ге т.ј. тиме, што је с једне стране нешто дато или иначе нешто учинено с обvezом враћања истог или друге какве учинбе од стране друге стране. У овом случају res свакако „није праста ствар, већ уступање какве ствари, каквог права на ствари, државине, уживаша, придржаја исте или иначе нечег стварног, реалног (facere); то је нешто реално, стварно, а не каква форма посла“. Brinz 2. изд. II. стр. 134. Такви се уговори називају реалним. Међу њима су четири именованы реални уговори, који имају своје особите тужбе, а то су: mutuum, commodatum, depositum, pignus (Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species. 1870). Други су на против безимени реални уговори, који имају једну тачније неопредељену тужбу, in factum civilis или praescriptis verbis actio, која је дозвољена тек доцније правном теоријом, а пре које је могуће било само тражење да се врати оно што је учинено. Karlowa Rechtsgesch. стр. 245 и д. Споразум, који је за постојање посла тако исто нужан као и res, исказује се код именованих реалних уговора претпостављајући тиме, што се посао означује као зајам, примањем новца и т.д. Brinz н. н. м. прим. 3. б) Verbis т.ј. прописним усменим питањем и таквим истим одговором, стипулацијом, отуда вербални уговор. Стипулација је negotium stricti juris, којом се може основати једнострана тужива облигација са свакам у опште могућим садржајем и у коју се могу унети све врсте обвеза, па и међусобне (двостране), кад се формално раставе у више једностраних. с) Litteris т.ј. писаном у извесној форми исказаној речи, отуда литерални уговор (Litteralcontract), који је у Јуст. праву

већ без практичне вредности. Срав. Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. стр. 12 и д. Но било је и случајева у којима је горње дејство постојало: *dī Consensu*, т.ј. *nudo* или *solo consensu*, отуда *консенсуални уговори*: *emtio venditio, locatio conductio* (и *contractus emphyteuticarius*), *societas, mandatum*. У противности према уговорима који спадају у једну од тих 4 побројаних категорија (*contractus*) зову се други уговори по римском начину говора *pacta, nuda pacta* или *nudae pactiones sive conventiones*. Они не стварају тужбу и врло је спорно, да ли производе бар *naturalis obligatio*. Savigny Obl. I. §. 9. Brinz krit. Bl. № 3. стр. 16 и д. Pand. 2. изд. §. 223. № 1. Scheurl Heidelb. Ztsch. I. стр. 516. Schwanert Naturalobl. стр. 123 и д. Но осим поменутих уговора, изузетно су још неким уговорима дате тужбе (тзв. *pacta vestita*) и то на основу преторског права (тзв. *pacta praetoria*), нарочито обећање плаћања (*Zahlungsversprechen*), (тзв. *constitutum debiti*) или на основу цар. конституција (тзв. *pacta legitima*), нарочито обећање поклона (*Schenkungsversprechen*) §. 279., и обећање мираза (*Dotalversprechen*, §. 897.). Срав. у оштре Savigny Obl. II. §. 72 . . 75. и посебице Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840. Gneist die formellen Verträge des neueren R. Obl.-Rechts. Berlin 1845. Girtanner die Stipulation und ihr Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligation. Kiel 1859. Seuffert в. доле §. 2. 3. — Међу тим стипулација није ни препријати у практично право новијег доба, а по оштрем обичајном праву туживост свију уговора, у колико само они иначе вреде, постала је правило, те су тако отпали и све друге последице из правила постављеног у L. 7. §. 4. cit. Срав. о томе Savigny II. §. 76.78. као Liebe и. н. м. и. в. d. Pfordten über die Klagbarkeit der Verträge nach röm. und heut. Recht у њег. Abh. Nr. 3. Heimbach у Linde's Ztschr. н. р. XIII. 3. Sintenis II. §. 96. прим. 3. и сад нарочито L. Seuffert zur Geschichte der obligatorischen Verträge 1881. о томе Stintzing-ову поучну оцену у krit. Vjschr. XXIII. стр. 489 и д. и о обојици F. Hofmann у Wiener Ztschr. X. стр. 131 и д. и у Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. Germ. Abth. стр. 115 и д. као Brunner z. Rechtsgesch. d. röm. und germ. Urkunde I. 1880. стр. 221 и д. Seuffert тврди, да је горње обичајно право постало „после дужег времена по рецепцији рим. права, а под утицајем канонских а нарочито природно-правних погледа“. Stintzing опет вели, да су му почеци још у 14. веку, развиће у пракси из времена рецепције, а завршио образовање у теорији крајем 16. века и спори утицај природног права на ово питање. На су- против Сајлерту и Стингингу тврди опет Karsten у спису die L.

v. Verträge bei den italien. Juristen des Mittelalters (1882.), да је став о обвездној сили уговора поникао из учења талијанских правника, који су такву теорију поставили, да је из ње тај став морао потешћи. Он спори томе ставу (догми) карактер обичајног права (обичајно-правни основ) и оглашује га за једну погрешну теорију (о томе Böhla u krit. Vjschr. XXV. стр. 337 и д. в. и §. 233, пр. 8). — Према таквом стању, дакле, данас су сви облигаторни уговори постали консенсуалним (саизвољним) уговорима. Само, наравно, о обвези на враћање не може бити речи, ако није било примања и према томе може у толико бити и данас говора о реалним уговорима, нарочито онда, кад пре предаје и примања не постоји још никаква облигација, бар не за онога који треба да прими (des Empfangensollenden), кад тек res initium obligationi praebet. Срав. Demelius Realcontracte im heut. Recht u dogm. Jahrb. III. 5. Unger тамо VIII. 1., са нарочитим обзиром на аустр. право: Habietinek у Haimerl's Vjschr. V. 3. Но данас се не може казати о ниједном од римских реалних уговора у опште, да је то реални контракт у том смислу, нити се то исто може казати за зајам без интереса, као што то чини Unger, као што се не може опет ни то узети, да тај случај није код оставе (депозита) и зајма са интересом. Главно је при том увек то „да ли су стране хтели да се обвеза оснује тек са давањем и узимањем“ Windscheid §. 312. прим. 5. Brinz Pand. 2. изд. II. стр. 135. 138. и то може бити случај и код оставе и зајма с интересом, а код зајма без интереса не бити. В. сад и Kohler Ges. Abh. № 2. одсудно је против, а за даље постојање реалних уговора и у данаш. праву Eisele über Realcontracte mit bes. Rücks. auf das schweiz. Obl. R., у Ztschr. f. schweiz. Recht. н. р. III. стр. 1.. 47. — И ако се још много говори о формалним уговорима (Formalcontracten) у данашњем праву, то им није смисао тај, да туживост извесног уговора зависи законски од извесне форме, већ се то односи на извесне разлике у процесуалном погледу (§. 233. прим. 8. Karlowa Rechtsgesch. стр. 227 и д. Brinz 2. изд. II. §. 310. О природи реалних уговора срав. још Bechmann Kauf I. стр. 331 и д. и о римском систему уговора у опште I. стр. 469 и д. На послетку поред обичног, техничког значења израз contractus има по некад и много шире значење и значи управо оснивање какве деликтне обл.; в. Brinz 2. изд. §. 213.; Puntschart (в. §. 22. прим. 5.) стр. 87 и д.

б). Садржина облигаторних уговора.

§. 233.

Циљ је облигаторног уговора стварање какве облигације. Садржина облигаторног уговора мора, дакле, бити таква, да из ње може постати каква облигација (§. 202). Обећање учинбе, испуњења (Leistung) од стране неког трећег или у корист неког трећег ствара обвезу или тражбину једног или другог уговорача у толико, у колико би се тиме и тај обvezивао^a или у колико би и сам у испуњењу учинбе (Erfüllung der Leistung) према трећем имао каквог интереса^b. Но уговор може бити и такав, да за неког трећег оснива какву тражбину или обвезу.^c У осталом, и при оснивању каквог облигатор. односа мора се, као и при свакој намерној промени имовних односа, претпоставити извесна правна намера, основ који је био меродаван за његово оснивање (Bestimmungsgrund), са кога се обвеза и основала (обвезни основ, Verpflichtungsgrund, causa obligandi),^d који уједно одређује и ближи правни карактер правног послана.^e Обвеза може бити примљена из чистог расположења према неком (из либералитета, дарежљивости), т.ј. у намери, да му се да каква имовна корист (поклон, donandi causa) или у намери, да се тиме одговори неком правном потраживању које постоји (solvendi causa) или да се његово будуће остварење олакша или осигура^f или да се за какву учинбу (Leistung) од друге стране добије каква повратна учинба (Rückleistung) или каква одговарајућа учинба (Gegenleistung), credendi causa^g или, и без против-обвезе неког, да се и давањем обећања неко по-

^a §. 3. 21. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. pr. §. 1. 2. L. 81. pr. L. 83. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 5. D. de duob. reis. 45. 2. L. 18. 19. D. rat. rem hab. 46. 8. cf. Nov. 115. cap. 6. ^b §. 4. 19. 20. J. l. c. L. 38. §. 17. 20. 23. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 140. pr. eod. ^c L. 2. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 3. §. 10. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 2. 31. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. §. 2. J. de except. 4. 13.

крене на какву радњу или нерадњу или иначе постигне каква правна намера,^h нпр. conditionis implendaе или dotis constituendaе causaⁱ. Без такве намере и без таквог основа не може се замислiti озбиљна воља за закључивање обвезе. Ако је воља за обvezивањем ван сваке сумње, а други се какав основ обvezивања не види, онда се мора узети, да постоји намера, да се учини какав поклон.^j Но то сасвим може бити, да једна или друга намера алтернативно или евентуално послуже као основ уговору обвезе.^k С обзиром на основ, који му служи као основ, може се обећање обвезе (Schuldversprechen) појавити као у опште ништаван праван посао нпр. као неважећи поклон^l. Осим тога, може бити и то, да се због каквог недостатка у погледу основа обвезе, обећање обвезе може оспорити, да је оспорљиво, а примљена обвеза услед приговора без дејства, одмах или у будућем, у колико би због истог тражбина и њено испуњење изгледали као неоправдано обогаћење другог^m. У осталом, облигацију ствара она воља обvezивања која је исказана у обећању, које је примљено. Друго је, и то веома спорно питање, у колико се може тражбена тужба засновати просто на основу голог обећања какве учинбе (Leistung), без ближег навођења (Angabe) основа обећањаⁿ.

Прим. 1 О томе в. доле §. 245..248, а о уговорима у корист трећих (§. 246. прим. 3.), нарочито Busch Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. 1860. Bähr у dogm. Jahrb. VI. 3. Zaun у prakt. Arch. n. F. I. стр. 42 и д. Unger у dogm. Jahrb. X. 1. и уз то Regelsberger у krit. Vjschr. XI. стр. 559 и д. са Windscheid §. 316., и Platner у civ. Arch. L. стр. 220 и д. — Bähr ein Wort z. L. v. d. Verträgen zu Gunsten Dritter у dogm. Jahrb. XI. стр. 394 и д. Urtheile d. Reichsgerichts mit Besprechungen (1883.) Nr. X. стр. 70 и д. Brinz 1. изд. §. 374. 375. Gareis d. Verträge zu Gunsten Dritter. 1873. (о томе

^d Cod. de dotis promiss. 5. 11. ^e L. 3. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 5. §. 3..5. eod. ^f L. 2. §. 3. D. de doli exc. 44. 4. L. 15. D. de fideiuss. 46. 1. L. 1. 3. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.

Pfaff у Wiener Ztschr. I. стр. 212 и д. Stobbe у Ztschr. für Handelsrt. XIX. стр. 300 и д.) Siegel н. н. м. стр. 142 до 159. „das Schuldversprechen zu fremden Handen“, уз то Hofmann н. н. м. стр. 45 и д. Windscheid 4. изд. §. 316. 316а. Knaus d. sog. Verträge zu Gunsten Dritter nach R. R. Köln 1875. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 18.. 20. E. Zimmermann stellv. neg. gest. §. 2. Stobbe Handb. III. §. 172. Regelsberger у civ. Arch. LXVII. 1. стр. 1 и д. Bähr у civ. Arch. LXVII. 5. стр. 157 и д. (против Регелсбергера), E. Danz die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter. Leipzig. 1886.

2 О тзв. causa obligandi в. у опште Meyerfeld die L. v. d. Schenkungen §. 5. 12. Liebe über Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte des R. R. у Linde's Ztschr. XV. 3. 10. Gneist die formellen Verträge стр. 113 и д. Windscheid die Lehre des R. Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850. стр. 88 и д. Savigny Obl. II. §. 78. Erxleben die condictiones sine causa I. стр. 32 и д. Voigt über die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. Leipzig 1862., а нарочито о разним значењима израза causa стр. 1.. 51., causae obligationum стр. 96.. 114. 454 и д. 491 и д. Он разуме под изразом causa = titulus obligationis у првом реду правни основ какве облигације, т.ј. онај учин (Thatbestand) који облигацију, непосредно, као modus obligandi, производи. А како, у даљем извођењу, долази до тога, да према тој облигацији у ма ком њеном стању може стојати каква друга правна облигаторна појава, у посредном односу, то он у томе види органску везу између два modus-a obligandi, који стоје међу собом у односу основа и последице, и од којих се један увек јавља као секундарна causa облигације, коју је други непосредно створио, а на тај се начин даје пронаћи и терцијерна causa и т. д. А како могуће односе више облигација међу собом узима само плаћање (солуцију), пренов (новацију) и појачање једне облигације другом. На тај начин он отклања појам causae obligandi у смислу основа који покреће на оснивање какве обвезе, као нешто што је од незнатног значаја и хоће да задржи само појам causae obligationis (примерне, секундарне и т. д.) као учина (Thatbestand), који ствара облигацију. Но при томе мора да пристане на то, да облигаторни однос постоји, не само у nudum pactum-у рим. права и претходном разговору (Vorberedung), који још ни у колико не обвезује, већ и у donati-ji, која није извршена, већ само намишљена, па чак и у томе, што се какав услов само поставља (in dem Gesetztein einer Bedingung), према којој после може друга нова облигација ступити у солуторни, новаторни или конфирматорни однос. Само та окол-

ност довољна је, па да покаже, да је то извођење погрешно. Ко без претходног обећања donandi animo да или обећа, тај пре тога није обвезан ни на који начин. Тако исто није ни у колико обвезан ни онај, коме је нешто завештано или обећано, под условом, да нешто учини или обећа и тек кад би он нешто implendae conditionis causa обећао, од тог тренутка закључује облигацију, која у никаквој узрочној вези не стоји са оном која би пре тога постојала. Ко би donandi или implendae conditionis causa јемствовао или би учинио експромисију, закључује облигацију, која истина према другој облигацији стоји у конфирматорном или новаторном односу, али не у погледу саме ње. А ако се она конфирирана или новирана облигација схвати као секундарна causa нове облигације, то поред ње стоји још, и то не као терцијерна каузза, која је над њом, causa donandi или implendae conditionis, као основ који покреће на закључење њено, као основ због кога је адпромитирао или експромитирао. — В. H. Witte у Schletter's Jahrb. X. стр. 6. и д. Esmarch у krit. Vjschr. V. стр. 523 и д. — Schlossmann z. L. v. d. Causa obl. Verträge. 1868. Овај писац на стр. 28 и д. узима да је causa obl. то што и циљ (имовни циљ) вољне радње. Lotmar über causa у R. R. о томе Eisele у krit. Vjschr. XX. стр. 1. и д. (в. §. 63. прим. 1.) В. и Hruza z. L. v. d. Novation §. 6. Leonhard Irrthum стр. 241 и д.

3 Voigt н. н. м. стр. 498., спори то начело и вели, да је противно рим. праву. Он вели, да је за суштину стипулације свим све једно, да ли је извршена donandi или solvendi или credendi causa. Но настаје питање, да ли је то тако исто и за правни посао, који се у стипулацији закључује? Стипулација може бити ништавна, за то што је извршена donandi causa, а кад је извршена solvendi causa и т. д. да потпуно важи.

4 Bähr d. Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855. (2. изд. 1867.). О томе Dernburg у Heidelb. krit. Ztschr. III. стр. 496 и д. Arndts у kritischen Ueberschau IV. стр. 1 и д. 219 и д. (civ. Schr. I. 23.) и с друге стране Bähr у dogmat. Jahrb. II. 6. 8.; Regelsberger d. rechtl. Natur des Abrechnungsgeschäftes у civ. Arch. XLVII. 8. Unger z. L. v. Anerkennungsvertrag у dogm. VIII. 7. Windscheid §. 412a. 412b. Срав. Schlossmann н. н. м. стр. 66 и д. 85 и д. Stahl у civ. Arch. LIV. 16. Buhl Beitr. z. L. v. Anerkennungsvertrag, 1875. (о томе Regelsberger у Jen. Litztg. 1876. Nr. 1. Bähr у krit. Vjschr. XVIII. стр. 334 и д.). Grünhut das Recht des Contocurrentverkehrs, у Wiener Ztschr. III. 9. нарочито стр. 508 и д. Stahl у civ. Archiv LXI. 3. стр. 141 и д. Stobbe Handb. III. стр. 79 и д. Lereb у dogm. Jahrb.

XIX. стр. 224 и д. — Старија теорија давала је признању само карактер и силу сведоцице против себе самог (вансудско признање). Од како је изашла књига Берова, пуна мисли и успеха, од тог доба се све више учи, да у признању може бити и уговор. Но кад је то случај и каква је садржина и дејство таквог уговора, о томе су још непрестано подељена мњења, тако да се за сада још не може говорити о неком мњењу које влада. Срав. још прим. 8. овог §-а, даље §. 240. прим. 4. §. 262. прим. 2. §. 269. §. 281. прим. 1. и §. 503. прим. 3. на крају. Krainz System I. стр. 453..456., Dernburg Pand. I. §. 84.

5 Срав. Windscheid и Erxleben н. н. м. Против тога Sintenis II. §. 96. прим. 25., који се са главним начелом слаже, али који уз оне три алтернативе *sclvere*, *credere*, *donare*, ону додату четврту „или да се постигне ма какав праван циљ“, не признаје као основ који може обвезати и при томе на усиљен и недовољан начин *dotem instituere* и *conditionem implere* увршћује под *solutio* или *donatio*. Schlossmann стр. 38.

6 И против тога начела (става) изјављују се Voigt н. н. м. стр. 496 (срав. стр. 580 и д.) и Sintenis н. н. м. 3. на крају, али као што изгледа из неспоразума.

7 Тако н.пр. може неко обећати или платити, с обзиром на какав дуг, а за случај, ако не би постојао, с намером да поклони. Срав. Schlossmann стр. 36. Zitelmann Irrth. стр. 502 и д. 508 и д. — Даље један посао може имати разне *causa-e* према разним лицима; в. §. 395. прим. 4. Hruba стр. 60.

8 Римска стипулација са њеним формалним начином закључивања могла је да сасвим апстражује од *causa-e promittendi* и с тога се код ње могла подићи тужба само на основу исте, без ичега даљег. Премда је и ту још спорно, да ли се тужилац није могао натерати употребом *exceptio doli*, да основ обвезе покаже и докаже. Gneist н. н. м. и у његовом *comment. de causae probacione stipulatoris*. Berlin 1858. Dernburg Heidelb. krit. Ztschr. III. стр. 504 и д. Но опште немачка пракса у поступку је нагињала томе, да ону тужбу, која би се оснивала само на обећању какве учинбе (Leistung), без ближег означења уговорног односа, као недовољно обrazloženu, ваља одбити. Историја овог питања и питања у §. 232. прим. 4. нераздвојне су, јер су старији писци кад је говор о *nudum pactum*-у, замишљали час просто, без икаквих форама учинено обећање, час неко апстрактно обећање. Тако има писаца, који тврде да је у данашњем праву правило, да тражбина може постати само на основу материјално индивидуализираног

уговора обвезе (*Schuldvertrag*), од ког правила чине изузето само известни формални уговори данашњег права (меница, упутница, папери на доносиоца). Heimbach у Linde's Ztschr. н. р. XIII. 3. Sintenis н. н. м. Schlesinger L. v. d. Formalcontracten und d. quer. non num. pecun. Leipzig 1858. Leonhard Irrthum. стр. 246 и д., другаче Schlossmann стр. 21. и д. 42. и д. 87. и д. Други опет признају, да у опште може бити једнострано обећање обвезе (*Schuldversprechen*), које учинено апстражујући од сваке *causa-e obligandi*, али да такво обећање није у стању да оснује тужбу из обвезе (*Schuldklage*) и с обзиром на то, постављају, у противности према тзв. материјалним уговорима, нов појам формалних уговора (*Formalcontracten*), формалних (*formellen*) негативно формалних уговора (*negativ formellen Contracten*) и под тај појам подводе нарочито признање дуга (*Schuldbekenntnissz*). Bähr Anerkennung нарочило §. 40. и д. Brinz 1. изд. стр. 421. срав. 2. изд. II. стр. 139 и д. 567 и д. Windscheid krit. Vjschr. I. стр. 105 и д. срав. bayer Entw. II. art. 21. — Против тога су истина чињене примедбе са разних страна, нарочито у погледу признања обвезе: Schlesinger стр. 129 и д. 291 и д. Voigt н. н. м. стр. 509 и д. Bruns Ztschr. für Rechtsgeschichte I. стр. 110 и д. Klein. Schrift. I. стр. 294 и д. Hesse über das Wesen und die Arten d. Verträge des heut. R. R. 1868. (он спори, да у данашњем праву има формалних уговора). Schletter's Jahrb. XIII. стр. 99 и д. Bechmann krit. Vjschr. XI. стр. 133 и д.: „у научном погледу... без икаквог значаја“. Schlossmann стр. 73 и д. Међу тим, у ствари, не може се наћи никакав основан узрок, за што да по нестанку римске стипулације не може просто изјављена воља обвезника (дужника), већ као таква не буде довољна као и она за оснивање какве облигације, па ма и остајала могућност оспоравања због недостатка *causae*. Savigny Obl. II. §. 77. 78. Arndts н. н. м. стр. 223, 237 и д. civ. Schr. I. стр. 362, 375 и д. Rudorff уз Пухту §. 257. not. g. Срав. и Witte Bereicherungs-klagen стр. 248 и д. Што се тиче доказа, то се у L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. (срав. с тиме L. 13. Cod de non num. pec. 3. 40.) нашло начело, да исправа у којој је какво обећање, обвеза, за коју се не навађа основ обвезе (*cautio quae indiscrete loquitur*, тзв. *cautio indiscreta*) није довољна за доказ постојања обвезе (*zum Beweise der Schuldverbindlichkeit*). Но то се место односи на случај, када се какво обећање, које је исправом доказано, спори као *indebito* издато. Оно не искључује његову доказну снагу, као признања обвезе (*Schuldbekenntniss*) у опште, нити је противно важности обећању измирења, плаћања (*Zahlungsversprechen*), које

би било с тиме скопчано или које би било у истој изражено, у погледу у истој признате обвезе. Schlesinger н. н. м. стр. 47 136 и д. Windscheid н. н. м. стр. 189 и д. и Pand. §. 318. 319. срав. са §. 412b. прим. 2. Bruns н. н. м. стр. 128 и д. Klein Schr. I стр. 311 и д. Unger н. н. м. стр. 209 и д. Brinz 2. изд. § 311. Срав. ново објашњење L. 25. §. 4. cit. од Schlossmann-a стр. 3.. 21. и у опште H. Witte: „Die bindende Kraft des Willens u. s. w.“ у krit. Vjschr. VI. 13. стр. 330 и д. срав. са списом истог писца über „die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht“ у Zeitschr. für Rechtsgesch. VI. стр. 448 и д. и Platner у civ. Arch. L. стр. 214 и д. Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft im röm. Obligationenrecht. 1876. (о томе Eisele у krit. Vjschr. XX. стр. 8 и д. — Karlowa Rechtsgeschäft стр. 227 и д. 232 и д. 254 и д. Stobbe Handb. III. §. 167. Kartsten die Bedeutung der Form im Obl. R. I. Die röm. Lehre v. d. Stipulation 1878. (о томе Schwanert у Jen. Lit. 1879. Nr. 6.) Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 15. Hruza Novat. §. 7. Rocholl Rechtsfälle aus d. Praxis d. Reichsgerichts. I. 11. стр. 257 и д.

§. 234.

Према томе, да ли је намера уговора накнада за неку корист, коју је она друга страна учинила или само, давање неке користи без накнаде, деле се уговори у накнадљиве (entgeltliche) или теретне (онерозне) и ненакнадљиве (unentgeltliche) или доброчине (wohlthätige, lucrative Verträge).¹ И једнострани уговор, који ствара обвезу само за једну страну, може бити теретан (онерован), као напр. зајам, код кога је уговорен интерес^{1a}, или послуга (комодат). Двострани (или узајамни) уговори су у исто време и по суштини њиховој теретни уговори. Они су по њиховој суштини управљени на то, да у исто време за обе стране створе тражбину и обвезу и према томе у њима су два међусобно усвојена обећања, која се поклапају^{1b}. По себи, обострана обвеза оснива се самим двостраним (узајамним) уговором. Али је свака од њих управљена на учинбу којој стоји на супрот противучинба, те тако ко од друге стране тражи испуњење, мора да је са своје стране испунио што се од њега тражи или

бар да је спреман на испуњење истог^a. У противном случају стоји му на супрот приговор неправедног тражења, *doli exceptio*^b, тзв. *exceptio non adimpleti contractus* или *non rite adimpleti contractus*. Осим случаја, да је по изричној одредби или по особитој садржини уговора за испуњење противне учинбе одређено доцније време^c. У том случају, тужилац има да докаже испуњење са своје стране (по §. 114), у колико би постанак његове обвезе из истог уговора, на који се тужба позива, била неоспорна.^d У осталом може и то бити, да један двострани уговор у први мах за једну страну не важи^d, са неспособности њене да се обвеже или са других објективних основа, а да за другу страну опет за то важи и да је везује (тзв. непотпуни (рамајући) посао *hinkendes Geschäft, negotium claudicans*).^e Но и у том случају, онај за кога уговор важи не може употребити своје право, које му по том уговору припада, док са своје стране не призна обвезу која на њега пада и тако важност и постанак целог уговора, напослетку, зависи од решења уговорника који није везан уговором.^f Сличан однос може бити основан условним закључивањем двостраног уговора, кад се једна страна истина обвеже, али друга страна важност уговора, а тиме и његов закључак (*Vollendung*), веже за своју коначну изјаву (пристанак), који може бити има да учини у извесном року, тако да услед исте, уговор постаје одмах за обе стране безусловно обвезан, а кад изостане онда уговор сасвим пада.^g

Прим. 1. Hruza Novation §. 15. хоће да да други појам накнадљивости. По њему, ту је меродавно гледиште онога који прима (примца), а не онога који даје (отуђиоца). Ко прима conditionis implendae causa тај стиче лукративно и ако то онај који отуђује чини уз накнаду. Даље у том питању ваља да је меродавно правно

a L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. b L. 25. D. l. c. L. 5. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 5. Cod. de evict. 8. 44. (45). cf. Gai. IV. 126 a. c L. 24. §. 2. D. locati. 19. 2. d pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 5. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 15. §. 29. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5. e L. 34. §. 3. D. de contrah. emti. 18. 1.

а не привредно гледиште, а са правног гледишта накнадљив је (*entgeltlich*) и зајам без интереса.

1^а То се не увиђа у §. 864. аустр. грађ. зак.

1^б Causa promittendi за свако од та два обећања налази се у овом случају у противобећању (*Gegenversprechen*). Али свакојако закључивање двостраног уговора може бити оправдано и каквом другом caus-ом, која се налази ван истог, тако да каква махна (*Mangelhaftigkeit*) у том погледу може утицати и на важност самог уговора. L. 49. §. 8. 9. L. 66. D. de legat. I. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Срав. Bechman Kauf I. стр. 540 и д., II. стр. 92 и д. 180 и д., против тога Brinz II. стр. 698. — Dernburg Pand. II. §. 20. — Puntschart стр. 145 и д.: разна мњења о synallagm-и у опште а посебице код emti-je venditi-je; своје назоре излаже на стр. 157 и д., стр. 181, 213 и д.

2 О томе питању постоји обилата али мало корисна књижевност. Срав. Glück XVII. стр. 228 и д. Heerwart у civ. Arch. VII. 18. XIV. 9. XVIII. 15. Schenck тамо XVII. 4. 9. XX. 15. Treitschke тамо XXII. 11. Sintenis у Linde's Ztschr. XVI. 7. XVII. 5. Holzschuher III. §. 243. стр. 357 и д. „Да се гледало више на ствар а не на изразе, које су сами измислили, (exc. non impleti et non rite impleti contractus), нашу би књижевност поштедио доста знатан број бескорисних списка“. Puchta Vorles. II. §. 232. на kraju срав. Vangerow §. 607. Против тога опет Keller у Bekker's Jahrb. IV. 11. Pand. §. 243. и с њиме Tiktin de natura bilateralium obligationum. Berol. 1867. §. 5. 6., против њега W. A. Puchta у Bekker's Jahrb. V. 5. и Bekker тамо V. 6. Windscheid §. 321. прим. 2.. 7. Срав. још и H. Gerber z. Lehre v. Klaggrunde und der Beweislast. Jena 1858., и о томе krit. Vierteljahrsschr. I. стр. 130 и д. Unger über den revid. sächs. Entw. стр. 72. О пракси у том погледу: Seuffert's Arch. I. 39. 199. II. 276. III. 153. V. 8. 147. 308. VI. 169. VII. 115. 295. IX. 216. X. 107. XI. 103. 146. XII. 141. XIV. 129. XV. 14. 213. Busch стр. 118 и д. prakt. Arch. V. стр. 286 и д. 427 и д. — F. Zimmermann über d. Statthaftigkeit der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen die actio pro socio, у civ. Arch. LIV. 12. Bruck Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874. о томе Regelsberger у d. krit. Vjschr. XVII. стр. 115 и д. Срав. још Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 46. 150. Nr. 1. b. Bechman Kauf I. стр. 568 и д. Dernburg Pand. II. §. 21., Punschart стр. 207 и д. (exc. non adimp. с. права (eigentliche) exc.).

3 L. 13. §. 29. D. 19. 1. Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obli-

gatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. pr. J. 1. 21. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ... si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, ad invicem pupilli non obligantur. L. 5. §. 1. D. 26. 8. Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est. Guergens de contractibus claudicantibus. 1863. Bechmann Kauf II. стр. 183 и д. 193 и д. Puntschart стр. 181 и д.

4 L. 34. §. 3. D. 18. 1. Si emtor solus scit (rem furtivam esse), non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ulro quod convenerit praestet. L. 7. §. 1. D. 18. 5. „... an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant“. Срав. Brandis у Linde's Ztschr. VII. стр. 149 и д. Vangerow I. §. 279. Dernburg Compensation §. 10. Није правилно гледиште 1. изд. с којим се слаже Savigny III. стр. 40. IV. стр. 541. и Puchta §. 67. not. d. §. 232. not. a.: „постојање уговора зависи од решења невезаног уговорника; уговор је само условно (релативно) ништаван“. Против невезаног уговорника не даје рим. право ни у ком случају тужбу из уговора (*Contractsklage*). Но срав. опет Mommsen Beitr. III. стр. 419 и д.; а против тога Keller н. н. м. стр. 352. 358 и д. Tiktin l. c. §. 12.. 16. Windscheid Pand. §. 93. прим. 1. §. 321. прим. 22. 23. — Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund, §. 9. тзв. рамајући посао стр. 75.. 81. Hofmann Entsthgssrde. 37. Unger у Wiener Ztschr. I. стр. 366 и д. Paris у Beitr. z. Erläut d. d. R. XXIII. стр. 336 и д. Kohler у Wien Ztschr. VII. стр. 742 Wächter I. стр. 434 и д.

5 По данашњем праву не може бити сумње о томе, да се једна страна може у погледу и пр. продаје или закупа везати за известне услове, док је другој страни још остављено на вољу, да ли ће се посао коначно свршити. Такав уговор мора дејствовати бар као pactum de contrahendo, као што је дејствовала по рим. праву на то управљена стипулација (§. 231. 232. прим. 4.). Али већ и рим. право признаје га и без стипулације и то као условно закључени консенсуални уговор, §. 4. J. de emt. vend. 3. 23. и то гледиште ваља задржати: на време учињена изјава (пристанак) уговорника, који у почетку није везан, не ствара за истог тек право на закључење уговора, већ је тиме сам уговор одмах и безусловно закључен. Срав. Windscheid н. н. м. и Jhering у dogm. Jahrb. VII. стр. 178 Wendt Reurecht und Gebundenheit II. §. 5., но в и доле §. 301. прим. 5.

§. 235.

Има читав низ облигаторних уговора, чија је природа и садржина у оште дата са извесним правним појмом, коме одговара и извесно име, и чије је дејство одређено општим правним прописима, које се остварује нарочитом тужбом, која има своје име, али код којих могу бити уговорена и одступања (§. 65). Но поред тих уговора има и других уговора са безгранично разном садржином, које је немогуће подвести под извесне појмове. Ти се уговори могу и данас назвати безименим уговорима (*unbenannte Contracte*), а тужба која из истих потиче *praescriptis verbis actio*. Но за те уговоре ни у ком случају не вреди данас теорија римског права о *contractus innominati*. На против, данас сви ти уговори, као и римски консенсуални (саизвољни) уговори, услед обостраног пристанка, стварају обвезе које су предмет тужбе и које су управљене на испуњење уговорених учинака, а искључују самовољно мењање или одступање од уговора, у колико њихова особита садржина не би у том погледу оснивала особита права.

Прим. О једном новијем спису, који се односи на ово питање: *Accarias théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis*. Paris 1866., рефирише A. Pernice у крит. *Vjschr. X*. стр. 68 . 123. — У погледу садржине безимених уговора у данашњем смислу, али и у погледу свију теретних уговора, може се и данас правити разлика, коју чини L. 5. pr. D. de *praescript. verb.* 19. 5.: *Aut do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*. Но по римском праву тек са *facere* или *dare* с једне стране постаје тужива тражбина на *dare* или *facere* с друге стране. Осим тога онај *qui dedit aut fecit*, кад друга страна њену противучинку не испуни, има и то право, да место да подигне тужбу, ако хоће, тражи натраг оно што је учинио, у колико је то могуће, и то са тзв. *condictio cansa data causa non secuta*, L. 5. §. 1. D. I. c. cf. L. 7. eod. Шта више ово последње право има, бар у извесним случајима, а по старијој теорији редовно, и онда, кад се друга страна још није противправно задоцнила са испуњењем

своје учинбе (и у путу тзв. *ius poenitendi*): L. 3. §. 2. L. 5. D. de cond. causa data 12. 4. Vangerow III. §. 599. Erxleben die *condictiones sine causa* II. стр. 11 и д. Voigt die cond. ob causam стр. 681 и д. 736 и д. Pernice н. н. м. стр. 118. Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft I. Die cond. ex poenitentia. 1878. нарочито §. 4. (о томе Eck у Jen. Litztg. 1878. Nr. 31. Regelsberger у krit. Vjschr. XX. стр. 409 и д.) Manns d. Pönitenzrecht. Eine byzant. Compilation (1879. 2. умнож. изд. 1880.), који држи, да су сва места која се односе на *ius poen.* уметута (интерполирана) (о томе Brinz у krit. Vjschr. XXIII. стр. 210 и д.) Brinz 2. изд. §. 299. 319. Срав. још Wendt у dogm. Jahrb. XXII. стр. 381 и д. По данашњем праву то више не може бити, по правилу (§. 232.) чим се обе стране желе да обвежу на извесне учинбе. Но опет за то има много писаца, који задржавају у важности прво од поменутих права, а има их и таквих, који тврде, да још постоји и ово друго право, у облику *ius poenitendi* н.пр. Schmitthenner über Verträge, insbesondere das Reurecht, Gieszen 1831. стр. 155 и д. Mejer уз Schweppe's Hdb. III. §. 496. в. и Brinz 2. изд. II. стр. 139. Срав. против тога поред осталих Vangerow §. 599. н. крају Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis. Tübing. 1822. Pand. II. стр. 349. Али свакојако може каква учинба па и сама обвеза још и данас имати тај смисао, да се оне чине само с обзиром на противучинбу, за коју није примљена тужива обвеза, и да се, према томе, могу као datum ob causam futuram натраг тражити, у случају кад је causa non secuta. Нарочито као datum ob causam ваља сматрати учинбу једног уговорника, када је уговорена противучинба још од почетка без интереса по истог и у толико је још и данас примениво начело исказано у L. 7. D. 19. 5.: *Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confessim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*. Срав. и Windscheid Vorauss. стр. 164 Pand. §. 321. прим. 12. Erxleben н. н. м. стр. 473 и д. — Римску теорију о безименим уговорима, без одредаба о *ius poenitendi*, усвојио је као опште начело, али за све двостране уговоре, Cod. Nap. art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Против тога österr. b. G. B. §. 919. Срав. bayer. Entw. II. Art. 138. 139. и о томе Arndts у krit. Vjsch. V. стр. 178 (civ. Schr. III. стр. 511 и д.)

§. 236.

Садржина каквог обvezног уговора (*Schuldvertrag*) може таква бити, да од неизвесних околности зависи, хоће ли му ресултат донети једном од уговорника штету или корист. Такав уговор зове се одважан уговор или уговор на срећу (*gewagter, aleatorischer Vertrag*). Такав карактер може какав уговор добити 1) услед неизвесности предмета, који је једном од уговорника обећан, као противучинба за какву опредељену учинбу нпр. *emtio spei* или *rei speratae*^a; 2) услед неизвесности каквог догађаја, од кога зависи противучинба, док је учинба која јој одговара безусловна н.пр. уговор игре (*Ausspielgeschäft*); 3) услед обвезе на сразмерно много тежу учинбу, под условом који зависи од случаја, на супрот учинби која је сигурна и од мањег значаја, где спадају уговори осигурања* (*Versicherungsverträge*); 4) услед обостране обвезе на давање извесне добити под условима за које се не зна, хоће ли испasti у корист једног или другог, ту спадају игре за добит (*ludi aleatorii, Gewinnspiele*) и опкладе (*sponsiones, Wetten*). Ове последње су обавезне, у колико у њима нема нечег неморалног или у колико се у томе не би крио какав недозвољен посао^b. Игре за добит, на против, по рим. праву не дају никакву тужбу. Шта више оно што је плаћено као дуг у игри могло се натраг тражити. Изузете су биле само оне игре, које служе на развијање храбости и телесне умешности, кад су добитци умерени^c.

* Срав. Laband die jurist. Natur der Lebens- und Rentenversicherung, у Strassburger Festgabe zu Thöl's Jubiläum 1879. Brinz Pand. 2. изд. II. Nr. 307a. Kraewel Rechtl. Folgen der

a L. 8. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. 11. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. L. 11. in f. L. 12. D. de act. emti. 19. 1. Endemann, die Lehre v. d. emtio rei sper. и emtio spei und deren Bedeutung für das heut. R. у Wiener Zeitschr. XII. 6. стр. 345 и д. b L. 17. §. 5. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. §. 6. J. de V. O. 3. 15. c L. 2. §. 1..L. 4. D. de aleatoribus. 11. 5. cf. L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio non datur. 44. 5. L. 1..3. Cod. de aleatoribus. 3. 43.

Unfallversicherung bei eigenem Verschulden des Versicherten. Selbstständiges Klagerecht des versicherten Arbeiters, in Bödikers Mag. II. стр. 115 и д. Steinbach die Stellung der Versicherung im Privatrecht. 1883. Bülow die Versicherung auf Gegenseitigkeit. 1883. Rüdiger die Rechtslehre vom Lebensversicherungs, vertrag. Berlin 1885

Прим. 1. Puchta §. 258. вели, да и опкладе не везују, као и игре, јер игре нису ништа друго до скуп међу собом повезаних опклада. Срав. и аустр. грађ. зак. §. 1272. Против тога Vangerow III. §. 673. Windscheid II. §. 322. 419. 420. Срав. Wilda у Zeitschrift für deutsches Recht. VIII. 8. стр. 200 и д. Stobbe Handb. III. §. 193, и д. Arndts у österreich Gerichtszeitung Jahrg. 1861. Nr. 101. 102. (civ. Schr. I. 24.) Bruck über Spiel und Wette. 1868. Krügelstein über den begriffsl. Unterschied v. Spiel und Wette. 1869. Dernburg Preuss. Priv. R. II. §. 158 и д. Heinzerling у prakt. Arch. n. p. XI. стр. 109 и д. Brinz Pand. 2. изд. II. стр. 556 и д.

2 L. 1 .. 3. Cod. 3. 43. нису гласирани, али се обично наводе као да су примењиви, јер је у Дигестама призната необvezност игара за добит. Али кад се то исто чини и у погледу особитог времена застарелост од 50 година, за тражење плаћених дугова у игри, то се заиста у потврду тога не може навести никаква стална судска пракса. У осталом и без тога су врло разна мњења у погледу питања, у колико се одредбе рим. права у том погледу још и данас могу применити. Срав. Phillips deutsches Privatrecht. §. 81. Wilda н. н. м. II. 6. стр. 133 и д. Holzschuher (3. изд.) III. стр. 39. 326. 965 и д. Gerber deutsches Privatrecht §. 193. „Немачком правном осећању, које је у много пута доказано, одговара постављање начела, да је истина тражење плаћених дугова у игри неумесно, али да је с друге стране тужба за плаћање још неизмиренih дугова у игри искључена“. Тако и Аустр. Грађ. Зак. §. 1271. 1272. и Пруско Зем. Право I. 11. §. 577. 578. Срав. Хес. Прој. IV. 2. art. 560 и д. Сакс. Зак. §. 1480 и д. Бавар. Прој. II. art. 768 и д. О кажњивости забрањених игара и лутрија: §. 284 .. 286. кривич. Зак. за немачку царевину. — Н. М. Schuster das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht. Wien 1878. (о томе Maurer у krit. Vjschr. XXI. стр. 212 и д.; в. и Rassow's Beitr. XXV. стр. 153 и д.) F. Endemann Beitr. Geschichte der Lotterie u. z. heut. Lotterierecht. 1882. (о томе Völderndorff у krit. Vjschr. XXIV. стр. 303 и д.). Waag rechtl. Natur des Ausspielgeschäftes und die Frage v. d. Gewährleistung für Fehler dabei, у dogm. Jahrb. XXI. 4. стр. 393 и д.

с). Недостатак воље код уговора.

§. 237.

Постанак и садржина каквог обvezног уговора (*Schuldvertrag*) зависи од сагласне воље уговорника. Према томе је, пре свега, нужна озбиљна и истинита воља обе стране^a. С тога притворан, симулиран уговор (*simulirter Vertrag*) није прави уговор^b или бар не онај који је привидно закључен^c, премда се дејство воље, која изгледа да је озбиљна не може смањити тиме, што би једна страна на водила, да је случај (притворства) симулације, а то се иначе не би могло видити. Ако је воља једног од уговорника створена под утицајем силе, то уговор истина постоји, али присиљени може поступати према истом као и да не важи, па ма од кога долазила сила^d, а оно што би учинио под утицајем оправданог страха може натраг тражити и добити^e. Тако исто може оспоравати какав уговор као необавезног за њега, онај који је преваром (*dolus*) другог уговорника наведен на закључак^f уговора^g. Но општећени уговорник може, како у овом случају тако и у случају кад се та махна односи на неки део уговора, ограничити своје потраживање само на просту оштету, а да цео уговор не обара^h. Према природи случајева, повређеном стоје на расположењу, као правна срества *actio* или *excerptio* *quod metus causa, exceptio doli* или тужба из уго-

a L. 5. Cod. plus valere quod ag. 4. 22. b L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. c L. 36. D. l. c. L. 2. 3. Cod. l. c. (§. 60.) d L. 14. §. 3. D. quod met. 4. 2. L. 4. §. 33. D. de doli m. et met. exc. 44. 4. cf. L. 9. §. 1. in f. D. quod met. 4. 2. e L. 3.. 5. 7. 8. 12. eod. cf. L. 10. Cod. de his quae vi. 2. 19. (20). L. 13. pr. §. 1. (L. 13.) Cod. de transact. 2. 4. L. 1. 8. Cod. de rescind. vend. 4. 44. cf. L. 116. pr. D. de R. J. f L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. g L. 11. §. 5. L. 13. §. 27. D. de act. emti. 19. 1. L. 23. D. locati. 19. 2. L. 5. §. 10. Cod. l. c. 4. 44. L. 10. Cod. de distract. pign. 8. 27. (28). L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. a) L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 3. D. pro socio. 17. 2. β) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 36. D. de dolo. 4. 3. L. 4. §. 13. D. de doli exc. 44. 4. L. 154. D. de R. J. h L. 43. §. 2. L. 68. §. 1. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 4. pr. L. 6. §. 9. L. 13. §. 4. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 9. pr. D. de dolo. 4. 3. (§. 62. not. f.).

вора. Заблуда у побудама, осим случаја преваре, нема никаквог утицаја на важност уговораⁱ, у колико се не би тицаш постојања оног основа обвезе (*Verpflichtungsgrund*), ради кога је управо и закључен (§. 233). Но заблуда једног или другог уговорника може бити такве природе^j, да искључује уговорну вољу једног или другог или сагласност воља обојице и по томе постојање правог уговора^k.

Прим. 1 Каква још мњења постоје у погледу ништећег дејства *dolus-a* или *metus-a* (*causam dans*) код *contractus-a bonae fidei* в. Savigny III. §. 114. 115. Puchta §. 56. 57. Vangerow III. §. 605. прим. 1. 2. Windscheid I. §. 78. 80. Schliemann L. vom Zwange. §. 17. Wächter II. §. 187. и додатак. — Уз овај §. и два следећа в. Modderman-ово дело, које је наведено у §. 231. прим. 1. Mitteis *Stellvertretung* стр. 272 и д.

^j „Заблуда може да је један доказни моменат (*Beweismoment*) за недостатак пристанка (*mangelnde Einwilligung*).“ Wächter II. стр. 369. В. још Bruns Kl. Schr. II. стр. 478 и д. — Leonhardt Irrthum стр. XVI. види „кључ целе теорије о заблуди у начелу, да заблуда повлачи ништавне уговоре у два случаја, прво, када се изјаве воља не поклапају (*dissensus*), и друго, кад каква околност није истинита, за коју уговорници мисле да је истинита, а која је бар прећутно услов целог посла“. Стр. 287: „Значај заблуда о каквој околности по важност уговора не зависи од природе те околности, већ од важности, коју јој дају изјаве уговорних страна“. Стр. 512: „Од значаја су заблуде једног од уговорника о таквим околностима, чија је права престава, облик (*Vorstellung*) другој страни саопштена тако, да их је могао сазнати као неизоставан услов за важност уговора“. Стр. 570: „Битна је заблуда, за коју се на начин видљив хтело, да је не буде при послу“. В. још стр. 264. 348 и д. 363 и д. (о значају јединичне заблуде (*Einzelirrthums*), која се да распознати, а код једнострano теретних уговора, §. 239. not. b) 380 и д. О томе и против тога в. сад Lotmar krit. Vjschr. XXVI. стр. 220. и д. Срав. још горе §. 63. прим. 2.

§. 238.

Са недостатка сагласности воља, који претпоставља неспоразум међу уговорницима, уговор је ништаван:

i L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 3. §. 7. D. de cond. causa data 12. 4. k L. 57. D. de O. et A. 44. 7.

1) кад је једна страна мислила на други праван посао, а не онај на који мисли друга страна^a. Но онај који је хтео нешто да поклони, не може натраг тражити поклон од противне стране, која га је примила у другом ком мњењу, ако је међу тим поклон утрошен^b; 2) кад воља оба уговорника није управљена на исти предмет (*errog in corpore*^c), ако при томе мисле на индивидуално разне ствари^d или разне врсте или разне количине исте врсте^e, а не и онда, кад су разног мњења само у погледу имена ствари^f или пратежа, прибора једне исте главне ствари^g. Кад је неспоразум у погледу суме или количине, онда код једностреног обећања важи уговор^g, али само за мању суму, а код двостраног само онда, ако онај, који противучинбу обећава, на мању суму или количину пристане^h.

Прим. Срав. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft. стр. 419 и д.; нарочито о заблуди у погледу количине: стр. 593 и д.; заблуда у погледу споредних ствари: Wächter II. стр. 370. — Leonhard Irrthum стр. 166 и д. 338 и д. 398 и д. 424 и д. 466 и д.

§. 239.

Заблуда¹ једног или обојице уговорника (једнострана или двострана заблуда) може као битна спречити дејство уговора: 1) кад се тиче истоветности (идентитета) лица другог уговорника, ако се хтео уговор да закључи само са оним лицем, за које се сматрао други уговорник^a; 2) кад се заблуда састоји у претпоставци какве особине код предмета о коме је уговор, по којој би, по појмовима који постоје о томе, спадао у другу неку врсту ствари, а не у ону, којој доиста припада.² Но при томе је меродавно то, да ли је она

a L. 9. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. b L. 18. cit. c L. 9. pr. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. de V. O. 45. 1. §. 23. J. de trutil. stip. 3. 19. (§. 145. not. h.) d L. 52. D. locati. 19. 2. e L. 9. §. 1. cit. L. 32. D. de V. O. f L. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. g L. 1. §. 4. D. de V. O. h L. 52. cit.

a L. 32. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 52. §. 21. L. 67. (66). §. 4. D. de furtis. 47. 2. — L. 25. D. de donat. 39. 5.

претпоставка била меродавна и за онога који је у заблуди, да закључи уговор онакав какав постоји н.пр. код једностреног обећања, кад онај који обећава (обетник) држи, да је ствар од мање вредности но што је, а код двостраних уговора, кад је или примац држао да је од веће вредности или онај који даје (отуђиоц) мислио, да је од мање вредности^b; 3) кад код каквог двостраног уговора обе стране држе, да је нека ствар, која је предмет једне од учинаба, неповређена, цела (*unversehrt*), док је она у ствари и у то доба већим делом покварена, пропала (*zerstört*). У том је случају онај који би имао да је да, ослобођен од уговора, а у случају да је ствар потпуно пропала^c, а обе стране не би о томе знале, уговор је по себи ништаван, јер нема предмета.^{2a} Иначе због заблуде у особинама (својствима) или у обиму предмета о коме је уговор или због непоштења једног од уговорника, може, према приликама, постати или тражбина да се сразмерно смањи противучинба (*Gegenleistung*) или да се раскине уговор или да се накнади мањак (*Interesse*)^d.

Прим. 1 В. у опште Richelmann der Einfluss des Irrthums auf Verträge. 1837., а нарочито Savigny III. §. 135. . 139. и Vangerow §. 604. Windscheid I. §. 76. 77. Wächter Württ. Pr. R. II. §. 102. Pand. II. стр. 371 и д. Mommsen Erörterg. II. стр. 102 и д. Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. Dritter Abschnitt. стр. 433 и д. срав. горе §. 62. о погрешкама у уговарању в. Bähr у dogm. Jahrb XIV. 9. и сад G. Hartmann Wort und Wille im Rechtsverkehr у dogm. Jahrb. XX. 1.

2 Примери који се налазе у изворима: заблуда у погледу пола робова, узимање сирћета место вина, бронзе место злата, олова или других простих метала место сребра. Срав места у not. b. нарочито a) L. 9. §. 2. D. 18. 1. (Ulp.) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, utputa, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento, vel quid aliud

b L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. L. 14. 41. §. 1. L. 45. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 58. eod. L. 21. §. 2. D. de act. emt. 19. 1. — L. 22. D. de V. O. 45. 1. L. 1. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. c L. 4. §. 9. D. de O. et A. 44. 7. L. 57. 58. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 44. eod. L. 34. . 36. 38. §. 13. 14. D. de aedil. ed. 21. 1. d L. 57. cit. L. 62. §. 1. D. eod. cf. Dig. de aedil. ed. 21. 1.

argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit... emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit, ut embamma (cum ego emebam?), aliud pro alio venisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. L. 10. eod. (Paul.) Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet. L. 14. eod. (Ulp.)... utputa coheredes viriolam quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, ea que inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem valet venditio; si autem aes pro auro veneat, non valet. L. 41. §. 1. eod. (Julian.) Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio pecuniaque eo nomine data condicetur. b) L. 45. eod. (Marcian.) Labeo... scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat vendor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si (vas?) aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet. c) L. 21. §. 2. D. 19. 1. (Paul.). Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse (non esse?), tamen vendor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi vendor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt. d) L. 22. D. 45. 1. (Paul.). Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. — Savigny и Vangerow н. н. м. Друга мњења: Zitelmann н. н. м. нар. стр. 490 и д. 549 и д. 564 и д. Pfersche z. L. v. sog. error in subst. 1880. (о томе Tewes у Wiener Ztschr. VIII. стр. 335. Bureckhard у krit. Vjschr. XXIII. стр. 56). Bruns kl. ScSchrift. II. стр. 484 и д. Gardeike Verträge unter Abwesenden стр. 103 и д. Hartmann н. н. м. стр. 48 и д. Leonhard Irrthum стр. 436 и д. Hannausek die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare. I. (1883). нар. стр. 1 и д. Bechmann Kauf II. стр. 450 и д. I. (1883). стр. 427 и д., 455 и д., 464 и д.

^{2^a} Срав. Zitelmann н. н. м стр. 581 и д. прим. 575. Bechmann Kauf II. стр. 427 и д., 455 и д., 464 и д.

³ О питању, да ли у случајима овог ѡа ваља водити рачуна о извињивости заблуде, в. Savigny стр. 263. 264. »Ненамерна

изјава у којој нема воље (unabsichtliche Erklärung ohne Willen) састоји се у томе, што онај који предузима посао мисли да закључује праван посао који вреди, док у ствари оно што би нужно било за то неће... Из тога потиче, да је онај који је у заблуди слободан од сваке обвезе, без обзира на то, да ли је ту заблуду могао лако избегти или не«. Срав. Windscheid Pand. I. §. 76. прим. 1.. 3. Seuffert's Arch. VII. 19. IX. 141. Друго је питање, да ли кривица у том погледу не ствара обвезу на накнаду штете, која је другој страни нанета тиме, што је посао ништаван? Срав. горе §. 231 прим. 2. е. ф. Wächter Pand. II. стр. 374 Leonhard н. н. м. стр. 518 и д.

§. 240.

d). Појачање уговора.

Уговор се може нарочито појачати:

1) заклетвом (§. 115). По римском праву истина заклетва не даје уговору већу правну силу, но што је и без тога има^a, само је заклетва одраслог (Mündigen), могла да буде основа за искључење реституције због малолетства^b. Но по једном наређењу Фридриха I^c искључено је оспоравање и самих ништавних отуђења (Veräusserungsgeschäfte), ако би била утврђена заклетвом, а по начелима канонског права сматрају се да важе у опште^d сви правни послови, који по садржини нису за осуду или противни праву^e, али не би важили на основу каквог позитивног правног прописа, ако би их онај, у чију би корист било неважење, својом заклетвом утврдио;^f

2) капаром (Arrha, Handgeld, Daraufgabe) т.ј. оним што се да као знак закљученог уговора или што се да као знак да ће се и уговор закључити. По правилу капара има први значај^f, и то је тзв. arrha con-

a L. 7. §. 16. D. de pactis. 2. 14. L. 5. §. 2. (1). Cod. de legib. 1. 14. Nov. 51. prae. Nov. 82. cap. 11. cf. a) L. 41. Cod. de transact. 2. 4. β) L. 7. pr. §. 1. 2. D. de op. lib. 38. 1. L. 36. D. de manumiss. test. 40. 4. b) L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 27. (28). (§. 119. not. i.). c) Auth. sacramenta puberum ad L. 1. Cod. 1. c. d) cap. 1. 6. 8. 18. 20. 33. X. de iureiur. 2. 24. cap. 58. de reg. iur. in 6to. 5. 12. e) cap. 8. 9. 15. 28. X. 1. c. 2. 24. cap. 2. de iureiur. in 6to. 2. 11. cap. 2. de pactis. in 6to. 1. 18. f) pr. J. de emt. vend. 3. 23. L. 35. pr. D. de contrah. emt. 18. 1.

firmatoria. У том случају оно што је дато ваља вратити, како онда кад се уговор изврши^g, тако онда кад се од уговора одустане^h, осим ако није што друго, изрично или прећутноⁱ, наређено^j. Ако је капара дата с обзиром на уговор, који се тек има закључити (*arrha contractu imperfecto data*) то је губи онај, који неће уговор да закључи, а ако би то био примац капаре, то је мора вратити двоструко^k. Даље може се

3) и другим уговором осигурати примљена обвеза или њено испуњење, нарочито уговарањем какве казне (§. 211.) и обећањем плаћања (*Zahlungsversprechen*) тзв. *constitutum*, одакле после постаје *actio de pecunia constituta* или *constitutoria*^l.

Прим. † Александер Север одговара у L. 1. Cod. 2. 27. (28):
Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureirando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque perjurii me auctorem futurum sperare tibi debuisti. Спор између гласатора Булгаруса и Мартинуса око тога, да ли се тај рескрипт односи и на нишавно отуђење малолетничких добара *sine decreto magistratus*, као што је овај последњи тврдио, дао је повода решењу, које је као тзв. аутентика примљено и које гласи: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus: и за које Апо незадовољно вели: Durabit, quantum Deo placebit. Savigny Gesch. des R. Rechts im M. A. 2. изд. IV. 183 и д. Haenel dissensiones dominorum pag. 52 sq. 98. 583. О његову тумачењу в. Sintenis II. §. 99. прим. 1.*

2 Што се тиче обима и данашње применивости начела канонског права, то има писаца који држе, да је то начело сасвим отпало са отпадањем духовног судства, Keller §. 226., или га бар ограничавају само на случаје, о којима је изрично донето такво

g L. 11. §. 6. D. de act. em.i. 49. 1. L. 5. §. 15. D. de instit. act. 14. 3. h L. 11. §. 6. cit. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. recedere. 4. 45. i L. 6. pr. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. k pr. J. cit. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. L. 3. Cod. de act. emti. 4. 49. 1 Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. de constituta pecunia. 4. 18.

решење (дозвола жене под заклетвом, да се миразно добро (Dotalgrundstück) отуђи, и отказ ћерке која је добила мираз под заклетвом на будуће наслеђе од оца) н.пр. Puchta §. 253. на крају, Sintenis n. n. m. Windscheid §. 83a. 324. срав. Mühlenbruch у продолжењу Гликових Пандеката, св. 38. стр. 191 и д. Wächter §. 188. Прил. Друкче опште мињење: Vangerow I. §. 170. Seuffert §. 93. — Seuffert's Arch. XI. 209. противно, па и против прим. 1. Seuffert's Arch. II. 261., против тога опет III. 53. Срав. доле §. 361. № 7. Dernburg Pand. I. §. 121. н. кр. и прим. 5.

3 Кад је *lex comissoria* онда се узима као прећутан услов, да продајац може задржати примљену капару, откад прекине уговор због отезања купчевог да плати. L. 6. pr. D. 18. 3. Има писаца, који осим тога, а на основу пот. к., узимају, да капара код потпуно закључених уговора *sine scriptis* има природу уговорне казне (Conventionalstrafe). Savigny Obl. II. §. 79. Но капара може имати и карактер покажнице, пишманлука (Reugeld), т.ј. да онај, који је даје има права, кад пусти да пропадне, да одустане од уговора (тзв. *arrha poenitentialis*). Срав. у опште Kronecker quaestiones quaedam de natura arrhae in iure rom., diss. inaug. Berol. 1874. и Jagemann die Daraufgabe (arrha). Vergleichende Rechtsstudie. 1873., и о томе Wendt у Jen. Litztg. 1874. № 1. О гледишту немачког права, које од овог одступа, а које није остало без утицаја на новија законодавства, срав. Dernburg Preuss. Priv. R. II §. 7. и друге у прим. 6. побројане. Bechmann Kauf I. стр. 520 и д., II. стр. 415 и д. Dernburg Pand. II. §. 12.

4 *Constitutum* је у опште обећање, које није везано за никакву особиту форму, и по коме неко обећава, да за неку облигацију (civilis или naturalis), сопствену (тзв. *constitutum debitum proprii*) или туђу (тзв. *constitutum debitum alieni*), плати. Такво је обећање могло бити предмет тужбе, на основу преторског Едикта и у ограниченом обиму, а по Јуст. праву могло је то бити у сваком случају. В. о томе доле §. 351. и о тзв. *constitutum*-у *debiti proprii* нарочито Kuntze die Obl. стр. 196 и д. и Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, стр. 110 и д. 170 и д. 219. 2. изд. стр. 118 и д. 185 и д. 236, против тога опет Schlesinger von den Formalcontracten. стр. 141 и д. Fuchs у civ. Arch. XLII. 9., и нарочито Bruns у Ztschr. für Rechtsgesch. I. стр. 28. 130. Klein. Schr. I. стр. 221 и д. Уз то сад Brinz 2. изд. II. стр. 197 и д., и Grawein Verj. u. gesetzl. Befristg. стр. 102 и д. Lenel das ed. perpet. стр. 196 и д. и нарочито о а. receptici-ji Lenel у Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. Rom. Abth. стр. 62 и д. уз то Bekker „recipere“ и „permutare“ bei Cicero, у Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI.

Roman. Abth. I. стр. 1.. 17. Constitutum не ништи облигацију, ради које постоји, већ претпоставља поред исте нову облигацију, која кад се испуни ништи ону прву. Дужник, који би се као такав конституирао према једном од кореалних поверилаца обвезан је на плаћање према томе повериоцу у сваком случају и према томе мора бити заштићен према тужби осталих поверилаца, као када би му доиста платио. L. 8.. 10. D. h. t. 13. 5. Срав. Bruns н. н. м. стр. 82 и д. Kl. Schr. стр. 268 и д. Fritz у Linde's Ztschr. н. р. XIX. стр. 110 и д. — против Savigny-a Obl. I. стр. 167 и д. који одбацује L. 10. cit. као место, које је погрешком ушло у компилацију и Kuntze-а н. н. м. који таквом конститутум даје карактер пренова (новације) §. 268. В. сада још Serafini del costituto di debito nelle obbligazioni correali 1877. (горе §. 213. прим. 8.) и против овога Huschke у civ. Arch. LXV. стр. 240 и д. У осталом има писаца који веле, да у данашњем праву, у коме је призната туживост свију уговора у опште, конститутум нема никаквог значаја. Bähr н. н. м. стр. 171 (186). Brinz Pand. 1. изд. стр. 431. То је у толико истина, у колико конститутум у данашњем праву нема онај нарочити значај, који је по рим. прав. теорији имао као pactum praetorium. Шта више, и кад га не би било у рим. преву, constitutum би тако исто на сигурно могао пуноважну облигацију створити, као што је могла створити по рим. праву стипулација исте садржине, т.ј. акцесорна стипулација извршена без animus-a понvandi (§. 268.). А теорија поменутих писаца у толико је погрешна, што они на место обећања плаћања (Zahlungsversprechen) стављају задужницу (Schuldschein) као формалан уговор и што мисле, да се само тиме може избеги зло, да тужилац, који се наслана на задужницу у којој није одређен узрок задужења (unbestimmte Schuldverschreibung), мора тек да докаже дуг и покаже његову материјалну causу. Задужница обвезује и даје самосталан основ тужбе само онда, кад и у колико у себи садржи, изрично или implicite, обећање плаћања. Међу тим, доказано обећање плаћања, писмено или усмено, довољно је по себи да створи тужбу за испуњење, нити је нужно да тужилац тек доказује дуг, ради кога је учињено, јер је онај који обећава (обетник) признао да постоји а према томе мора пристати на то, да се као доказан и употреби против њега, осим ако не би могао да само признање оспори. В. Schlesinger и Fuchs н. н. м. и нарочито Bruns н. н. м. стр. 121.. 130, 304 и д. и Arndts у krit. Ueberschau IV. стр. 239 и д. 245 и д. и krit. Vjschr. V. стр. 168 и д. (civ. Schr. I. стр. 376 и д. 381 и д. III. стр. 502 и д.), а уз то Unger у dogm. Jahrb. VIII. стр. 209 и д. (који с правом двоји, као сасвим разне,

обећање плаћања постојећег дуга и уговор признања, који се може десити у каквој задужници) и Schlossmann z. L. v. d. Causa стр. 78 и д. Karlowa Rechtsgesphäft стр. 262 и д. О новијој пракси: Busch стр. 166.. 181. Seuffert's Arch. I. 216. VII. 246. 302. IX. 149. 150. 151. XIII. 247. XIV. 16. 17. 47. XV. 24. 114. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis d. Rechtsger. I. 7. стр. 257 и д. Bähr Urtheile d. Reichsgerichts Nr. XVIII. XIX. стр. 172 и д. — Windscheid 4. изд. §. 412 a. 412 b. Römer Abhandl. aus dem R. R. I. (1877.) Nr. 1. Brinz Pand. 2. изд. §. 311. Kappeyne van de Coppel Abhandl. 2. Röm. Staats u. Priv.-R. Nach dem Holländischen mit Vorwort v. M. Conrat. 2. Heft. 2. стр. 230 и д. (Stuttg. 1885.). Dernburg Pand. II. §. 69. на крају.

§. 241.

2). Обетовање (Pollicitatio)^a.

Полицитација, обетовање (Verheissung) у ужем смислу¹, означава једнострано обећање, које и без примања с друге стране, ствара обвезу. Такво дејство има: 1) обећање у корист какве варошке општине (Stadtgemeinde)^b, услед каквог особитог повода^c (ob iustum causam),² који се може заменити, кад га нема, почетком извршења оног што по обећању треба да наступи (coerptum opus)^d. Ако је обећање учињено само у намери, да се учини поклон, то се полицитант (обетник), у случају осиромашења, може од обвезе откупити давањем петог дела имања, тако исто и његови наследници, а његова деца могу дати само десети део наслеђа^e; 2) обећање у корист цркве или у опште какве благе намере, завет (Gelübde) votum^f. Leist Graeco-italische Rechtsgeschichte, стр. 229 и д. 251 и д., 698 и д. Под тај исти појам може доћи по данашњем праву и 3) тзв. оглашивање (Auslobung) т.ј. јавно учињено обећање неком још непознатом лицу за случај испуњења извесне учинбе. Такво обећање веже оног који

^a Dig. de pollicitationibus. 50. 12. ^b L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. h. t. ^c L. 1. §. 1. L. 4. 6. §. 2. L. 7. L. 11. 12. §. 1. L. 13. pr. eod. ^d L. 1. §. 2.. 5. L. 3. pr. L. 6. §. 1. eod. ^e L. 6. pr. L. 9. 14. 15. eod. ^f L. 2. D. h. t. cap. 18. X. de censibus. 3. 39.

га је учинио, ако би, пре опозивања, извесно лице доиста испунило на жељени начин учинбу, која је била услов обећања или би се бар озбиљно на то спремило т.ј. кад је већ нешто у том циљу, а с обзиром на обећање предузео.³

Прим. 1 L. 3. pr. D. h. t. 50. 12. *Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum.* Cf. L. 19. §. 2. D. de aed. ed. 21. 1. *Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur; promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.* L. 5. Cod. de contrah. stip. 8. 37. (38). *Nuda pollicitatione... ad praestanda, quae promiserat, urgeri quemquam non semper iura permittunt. Verum quoniam praeterea, si contra pactum fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promisisse proponas... petitioni locum factum esse convenit.* L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. *Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant,... veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur...* L. 10. pr. D. de his quae ut indign. 34. 9. „*sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit*“.

2 L. 1. §. 1. D. h. t. *Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam iustum causam, tenebitur ex pollicitatione.* L. 4. eod. *Propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae reipublicae contingit, si quis promiserit, teneatur.* Karlova Rechtsgeschäft стр. 272 и д.

3 Да се и за такву обвезу може подићи тужба, ако уз то још не дође споразум са извесним лицем, из римског се права не може доказати, в. L. 4. §. 4. D. de cond. ob turp. v. iniust. caus. 12. 5. L. 43. §. 8. 9. D. de furt. 47. 2. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. и за то још Savigny Obl. II. стр. 90, који оглашење сматра као уговор са непознатим лицем, тврди, да по општем праву на основу таквог оглашења не може постати право тужбе, већ највише тужба за накнаду штете ex dolo. Међу тим, по мњењу које данас влада, узима се, да се таквом обећању према данашњем правном схватању не може одрећи обавезна сила. Но у погледу схватања тог правног посла и у погледу одредбе природе и обима обвезе, која услед истог постаје, још су врло разна мњења правних писаца. Са мњењем овог уџб. слажу се Puchta §. 259. Sintenis II. §. 96. прим. 58. Kuntze уз Holzschuher-a 3. изд. III. стр. 297 и д. Противно томе већина прав. писаца схвата огла-

шење као понуду за закључење уговора, који је закључен тек извршеном учинбом, но и они се знатно међу собом разликују у погледу дозвољености опозивања и његових последица. Böllow Abh. über einz. Materien d. röm. bür. Rts. I. стр. 271 и д. Mühlenbruch §. 347. Unterholzner I. стр. 53. Schütze у Bekker's Jahrb. V. 2. Jhering у dogm. Jahrb. IV. стр. 93 и д. Regelsberger в. н. м. стр. 196.. 227. Vangerow 7. изд. III. §. 603. прим. 2. Windscheid §. 308. и у krit. Vjschr. X. стр. 156 и д. Exner zur Theorie der Auslobung, тамо XI. стр. 337.. 361. Срав. у осталом Прус. Зем. Пр. I. 11. §. 988. и д. (Förster I. 2. изд. стр. 426 и д.), Хес. Прој. IV. 1. Art. 198.. 205., Сакс. Зак. §. 771., Бавар. Прој. II. Art. 753.. 761. — О пракси: Seuffert's Arch. IX. 275. 276. XI. 217. 218. — Tzschr. de indeole ac natura promissionis popularis „Auslobung“ quam vocant. Berol. 1869. Sohm у Ztschr. f. Handelsrt. XVII. стр. 56 и д. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund стр. 91.. 108., уз то Hofmann Entstehungsgründe der Obl. стр. 38.. 45. Unger у Wiener Ztschr. I. стр. 369 и д. Windscheid Pand. §. 308. прим. 1.. 9. Karlowa стр. 274 и д. Dernburg Pr. Pr. R. 2. изд. II. стр. 25. 131. Brinz 2. изд. §. 248. Nr. 4. нар. прим. 45. §. 307. стр. 556. Mommsen Erört. II. стр. 135 и д. Wächter II. стр. 360 и д. Eisele über Realcontr. (Ztschr. f. schweiz. Rt. n. F. III.) стр. 21., који нарочито наглашује, да понуђач, огласилац (Offerent, der Auslobende) „хоче да се обвеже само услед учинбе, дакле да хоче да закључи уговор у облику реалног уговора“.

4 Са истог гледишта, као и оглашење, посматра Savigny у н. н. м. §. 61.. 70 и папире на доносиоце или имаоце (Papiere auf den Inhaber), правну установу своје врсте, коју је створио данашњи саобраћај но чија је теорија још врло спорна. Срав. Немачки Тргов. Зак. Art. 307.. 312. Thöl Handelsrecht 4. изд. I. §. 54а.. 56а. 5 изд. §. 222.. 232., о книжевности тамо стр. 317. II. стр. 70 и д. Siegel н. н. м. стр. 108.. 128. Dernburg н. н. м. §. 88. и д. Stobbe Handb. III. §. 171. (стр. 106 и д.) §. 179 и д. Mandry Reichges. стр. 126 (2. изд. стр. 186 и д.) Brinz 2. изд. II. §. 312.

§. 242.

3). Токоршњи уговори (Quasicontracte).

Има правних послова, који стварају обвезу, ма да намера оног ко их предузима није на то управљена, а који опет за то имају извесну сродност са уговорним од-

носима, те се за то за њих вели: *quasi ex contractu nasci obligationem*^a. Ту спадају деловодство за другог без позива (*negotiorum gestio*), старалачко руковање, када ваља рачунати и друге случајеве руковања, на основу јавног позива, и наступање наслеђа (*Antretung der Erbschaft*), у погледу обвезе исплате завештања. Поред побројаних случајева, по рим. праву рачуна се у случаје у којима *quasi ex contractu nascitur obligatio* још плаћање туђег дуга^b (*Zahlung einer Nichtschuld*), где је меродавна околност, да се тиме примац неправедно богати, и однос између санаследника и сасопственика^c, који већ сам по себи ствара особите обвезе.

Прим. Brinz 2. изд. §. 249. стр. 147. учи „где год се обвежује *quasi ex contractu* ту је увек у питању *res*“, али при томе ваља имати то на уму, да *res* овде не значи увек оно исто што код реалних уговора. Срав. горе §. 232. прим. 4 и сада Brinz н. п. м. стр. 631. 632. — В. у опште: Ramm der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth f. Wissenschaft und Gesetzgebung. 1882. (о томе Pfersche у d. Wiener Ztschr. IX. стр. 639, Schierlinger у krit. Vjschr. XXV. стр. 16 и д. в. још тамо XXVI. стр. 156 и д.)

§. 243.

В). Недозвољена дела.

Услед дела, радњи, које већ по себи, без обзира на обвени однос који већ постоји, врећају право, које су према томе недозвољене т.ј. услед деликата (§. 84). могу постати засебне облигације, било на накнаду штете (§. 206), било на плаћање какве казне (§. 241), *obligationes ex delicto*^a. Но има неколико сличних случајева, у којима постаје облигација, без правог деликта или бар

a Inst. de obligationibus quasi ex contractu. 3. 27. L. 5. pr. §. 1..3. D. de O. et A. 44. 7. b §. 6. 7. J. l. c. L. 5. §. 3. cit. cf. Gai. III. §. 94. c §. 3. 4. J. l. c.

a Inst. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. 4. 1. cf. Inst. 4. 2..4. Dig. de privatis delictis. 47. 4.

без деликта обвезаног, отуда *obligatio quasi ex delicto*^b. Накнада штете увек је један исти правни објект и с тога оштећени, ако је и у колико је добио накнаду, не може каквом другом тужбом, ако би их имао, понова тражити какву накнаду. Међу тим, може се замислити, да једно исто дело, са разних гледишта, повлачи за собом разне казне, које се после све скупа могу и тражити. Но изгледа, да је рим. право признавало као правило, да за једно исто дело, које би у целини изгледало као један деликт, не могу бити више казна и да према томе и у том случају, као и код накнаде штете, кад је плаћена цела највећа казна, није дозвољено тражити још један пут исту или мању казну са другом тужбом (§. 105). По данашњем праву тужбе управљене на наплату тих приватних казна постале су готово сасвим неупотребљиве, те је тако ово питање, у колико се тиче приватног права, без практичног значаја.

Прим. Срав. Savigny Obl. R. II. §. 82..84. Brinz 2. изд. §. 250. 251. 338. Lehmann d. Schutzlos. d. immat. Lebensgüter стр. 21 и д. О утицају царев. кривич. законодавства на ово питање: Mandry Reichsges. стр. 172 (2. изд. стр. 247 и д.)

§. 244.

С). Извесна стања.

Стања која стварају обвезе јесу н.пр. заједница у имању или наслеђу, неправедно обогаћење, сродство и др. Како овде основ обвезе није радња, ма да јој је може бити повод, *ex re venit obligatio*, то се могу услед исти непосредно и потпуно обвезати и лица неспособна за правну радњу^c.

Прим. Уз §. 242, 244. срав. са §. 232., в. Hofmann Entstehungsgr. стр. 55..64.

b Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. 4. 5.

c L. 46. D. de O. et A. 44. 7. (§. 230. not. b. c. d.).

D). Заступање при постајању облигација.

§. 245.

Чињенице, које у опште могу створити какву облигацију, изазивају тражбину или обвезу по правилу и у првом реду само за она лица, у погледу којих су оне прве наступиле. То посебице важи и за правне послове^a, но тиме се не искључује то, да се какав облигаторан праван посао не закључи посредовањем или садејством неког трећег лица, које се јавља као посредник (*Unterhändler, proxeneta*) или као прост носилац, испоручилац (*nuntius*), воље уговорника^b. Међу тим, услед односа заступништва (§ 76. 77.) може се дејство облигаторних чињеница прострети и на друга лица осим оних која непосредно раде. У том погледу ваља разликовати стицање тражбина и обвезивање преко других.

Прим. В. у опште Savigny Syst. III. §. 113. Obligationenrecht II. §. 54—60. са Buchka d. L. v. d. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852. Brinz krit. Bl. Nr. 2. Dernburg у Heidelb. krit. Ztschr. I. стр. 1.. 21. 296 и д. Scheurl у krit. Ueberschau I. 14. стр. 315 и д. Jhering у Jahrb. f. Dogmat. I. 7. II. 3. Scheurl тамо II. 1. (горе §. 76. прим. 1.. 3). Keller Pand. §. 61. 231.. 239. Sintenis II. §. 102. I. Windscheid §. 73. 74. 313. Vangerow §. 608. Thöl Handelsrecht 4. изд. I. §. 24. 25. прим. 1. 2. 5. изд. §. 59.. 72., нар. §. 70. и д. Laband die Stellvertretung bei d. Abschluss v. Rechtsgeschäften nach d. d. Handelsgstzb., у Ztschr. f. Handelsrt. X. Abh. 4. стр. 183.. 241. Срав. и Platner im civ. Archiv. L. стр. 229. и д. — Brinz I. изд. §. 366.. 373. Marcus diss. per procuratorem quomodo et iure romano et hodierno obligationes contrahantur. Berol. 1872. Curtius Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, im civ. Arch. LVIII. 2. E. Zimmermann stellvertretende neg. gestio. §. 1. и д. Mommsen Erörterungen II. стр. 113 и д. Hellmann d. Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1881. (горе §. 76. прим. 2. 4.). Срав. још Mit-

a L. 73. §. 4. D. de R. J. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. b L. 15. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 11. D. depos. 16. 3. L. 1. §. 1. D. mand. 17. 1. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

teis Stellvertretung, нарочито у погледу спољњег понашања заступника према трећим стр. 123 и д., 139 и д., 296 и д., и о одговорности заступника за dolus и culpa in contratendo стр 156 и д.

§. 246.

1). Стицање тражбина преко других лица.

Од оног начела старог права, по коме деца, која су у очинској власти, као и робови, по себи стичу за оца (§. 76.), одржало се у најновијем праву још то, да они и тражбине не само по себи стичу за оца у известним случајима^a, већ да и иначе по својој вољи могу увек стицати, када приме обећање за самог оца^b. Међу тим у погледу добровољних слободних заступника (freie Stellvertreter) задржало се још у Јуст. праву^c правило, да они њиховом радњом непосредно само за се тражбину могу стечи и према томе, да се и праван посао у првом реду мора односити на њих као лица која предузимају радњу.^d Но ако је неко као пуномоћник за неког другог у његово име какав праван посао закључио, онда тај други може тражити, да му се уступи тужба, која из такве тражбине постаје^e или је може тражити непосредно са utilis actio^f. Тада су могла настати и то одмах дејства, која наступају када се дужнику саопшти уступање тражбине (§. 256.). Нарочито, да други уговорник испуњење обвезе може учинити само према овластиоцу или заступнику који је и за примање истог овлашћен^f, као и то, да се не могу употребити приговори, који би лежали у лицу овлашћеног, већ само они који имају основа у самом послу.^g На тај је начин, и по рим. праву, у ствари било већ могуће право стицања тражбина преко заступника.^h По данашњем

a Inst. per quas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. cf. Inst. de stipulatione servorum. 3. 17. b §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 40. eod. — L. 12. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 16. §. 3. (§. 3. 4.) D. de lib. causa. 40. 12. c L. 11. D. cit. (§. 245. not. a.) cf. L. 1. pr. D. quod iussu. 15. 4. L. 5. §. 6. 7. 9. D. de pec. const. 13. 5. d L. 8. §. 10. L. 45. pr. in f. D. mand. 17. 1. e L. 27. in f. L. 28. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. f L. 28. D. cit.

правном схватању не само да се не сматра за ништа неупутно, да се свуда закључује уговор непосредно на име овластиоца, већ се шта више овај последњи, сматра, као да је за њега непосредно и искључно стечена тражбина из закљученог правног посла, само ако је уговор на његово име закључен.⁴ То исто важи, кад је правни посао закључен за другог, без позива његовог, па га тај други изрично или прећутно призна. Даље сличан однос наступа и у случају, када старешине правних лица за иста, стараоци за своје пуниле закључе уговоре^g, премда они док њихова власт и звање траје, имају право, да као њихови заступници и врше стечено право. За тражбине стечене са имањем малолетника узима се, да припадају малолетнику и онда, кад старалац није имао вољу, да за малолетника закључи уговор^h.

Прим. 1 Savigny Obl. R. II. §. 56. и д. тврди, да је то старије гледиште већ у рим. праву у погледу свију природних, т.ј. правних послова, који нису формално облигаторни напуштен и с тога је у данашњем праву са отпадањем стипулације сам по себи отпао: arg. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. (Modestin. lib. 14. ad Qu. Muc.?) Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere (volentem nobis possidere?) acquirimus. Против тога су сви у §. 245. наведени писци и још посебице Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg. 1854. Wächter I. стр. 408 и д. 418. Но спав. Rudorff уз Пухту §. 273. not. a. Hellmann н. н. м. стр. 66 и д.

2 О односу заступника према закљученом правном послу, нарочито о утицају знања или незнанња његовог, где би до тога било стало: спав. a) L. 12. 13. D. de contrah. emt. 18. 1. In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit. — Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, ven-

g L. 2. 4. Cod. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. 5. 39. L. 6. D. eod. 26. 9. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 5. §. 7. 9. D. de const. pec. 13. 5. h L. 2. D. h. t. 26. 9. cf. L. 5. Cod. I. c.

das sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. b) L. 51. pr. D. de aed. ed 21. 1. Quum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini, spectandam esse... sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. §. 1. Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit; at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. c) L. 16. §. 2. D. de lib. causa. 40. 12. Tunc habet emtor hanc actionem, quum liberum esse nesciret... §. 3. Quare si filius-familias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit (Vulg. emerit); eterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat? Et puto adhuc nocere: quemadmodum procuratoris nocet. (§. 4.) Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere. L. 22. §. 5. eod. Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat. L. 17. eod. In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit; et non competit ei actio; contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 13 Puchta §. 275. Срав. Buchka н. н. м. стр. 15 и д. 58 и д. Dernburg н. н. м. стр. 18, Sintenis н. н. м. прим. 21.. 23. 27. 28. Vangerow н. н. м. прим. IV. стр. 298 и д. Windscheid §. 73. прим. 17.. 19. Hellmann н. н. м. стр. 149 и д. Leonhard Irrthum стр. 493 и д. Mitteis стр. 278 и д.

3 У извесним случајима већ римско право даје и без претпоставке пуномоћства или овлашћења заступништва трећем тужбу по уговору закљученом у његову корист, и то: а) жени и деци њеној, у случају кад аспендент да мираз и том приликом стипулира његов повратак за исте, L. 45. D. sol. matr. 24. 3. L. 7. Cod. de pact. conv. 5. 14. cf. L. 4. Cod. eod. L. 26. Cod. de iure dot. 5. 12.; б) сопственику, чију је ствар неко другом позајмио или на оставу дао, под условом, да их сопственику врати, L. 8. §. 1. (L. 8.) Cod. ad exhib. 3. 42.; с) ономе, за кога је обдарилац уговорио, да му поклоњену ствар да онај коме је поклон учињен, L. 3. Cod. de donat. sub. modo. 8. 54 (55.); д) дужнику, коме је заложни пове-

рилац при отуђењу залоге задржао право откупа, L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 1. D. de distr. pign. 20. 5. Срав. Puchta §. 276. Vangerow III. §. 608. Jhering I. n. m. II. стр. 110. поставља уз то још овај општи принцип: „Свуда, где на основу квог dare постаје обвеза на враћање, у власти је онога који даје, да извршењем тога dare на име другога, за овога стече тражбину“.

4 О разним мњенима, на који начин да се веже и данашње правно схватање са рим. правом в. Scheurl у krit. Ueberschau I. стр. 329 и д. Vangerow 7. изд. стр. 292 и д. Kuntze die Obl. стр. 275 и д., Thöl I. n. m. §. 24. прим. 11..14. §. 25. прим. 1. 2. 5. изд. §. 70. Windscheid §. 73. прим. 14. 16. О историји овога наука поглавито Buchka §. 15 и д. У канонском праву добило је данашње правно схватање израза у појединим решењима и исказује се у општим изрекама: „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum“, и „qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum“, cap. 68. 72. de reg. iur. in 6to. 5. 12. Buchka §. 17. О другчијој оцени случаја, кад пуномоћник не закључује уговор у име овластиоца већ као тзв. заменик (Ersatzmann), пређутан заступник (stiller Stellvertreter §. 76.) в. Jhering I. стр. 345 и д. Scheurl тамо II. стр. 28 и д. 32 и д. Далеко иде Sintenis §. 102. уз прим. 20. 25. 36. 37. кад вели, да је та околност у погледу стицања тражбине без значаја. Срав. и Keller §. 61. н. кр. и Zaun у prakt. Arch. I. р. I. стр. 32 и д. Thöl I. n. m. Windscheid I. §. 73. прим. 15. Krainz Syst. I. стр. 359..363.

2). Обвезивање преко заступника.

§. 247.

a). Преко подвластих лица.

Радње лица, која се налазе под влашћу неког другог, по себи не обвезују лица, која имају власт над њима^a. Но са особитих разлога могу одговарати за правне по-

^a L. 1. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. L. 5. 6. 12. Cod. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. 4. 26.

слове таквих лица и они, који имају власт над њима. Тако отац одговара за послове које би син предузео, а по рим. праву господар за послове робова, и то или за обвезу у целом њеном обиму (in solidum) или са известним ограничењем^b. Такви су разлози:

1) Позив (Auftrag) или овлашћење од стране оца дато за предузимање известног правног посла преко сина или поред сина^c, чemu се равна и накнадно одobreње^d. У овом случају отац одговара у целини, а тужба је за то *actio quod iussu*;

2) Постављање (Anstellung) сина да води какву радњу, као деловођа (institor, фактор, а код бродарства magister navis). У таквом постављању лежи овлашћење на закључивање таквих послова, који спадају у вођење радње^e. Отац као господар радње (Gewerbherr) (код бродарства, као подузетник брода (Schiffsrheder) одговара према томе и овде у целини, а тужба је за то *actio institoria*^f, односно *actio exercitoria*^g;

3) Давање особине (peculiam) сину. Такво имање ма да правно припада оцу, опет као засебно имање синовљево даје сину кредит према другима, да се с њим упuste у какав праван посао. С тога и у овом случају отац одговара и против њега је управљена *actio de peculio*^h, за обвезе које би син примиоⁱ, у погледу његовог peculium-a castrense или quasi castrense^k, а не би потицала услед његових деликат^l, или простог поклона^m, или их не би закључио као *pater familias*. Отац одговара

^b Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur. 4. 7. Dig. 14. 5. Cod. 4. 26. ^c §. 1. J. h. t. Dig. quod iussu. 15. 4. cf. L. 13. Cod. I. c. L. 7. D. de tut. 26. 1. L. 21. D. de adm. 26. 7. ^d L. 1. §. 6. D. h. t. 15. 4. ^e §. 8. in f. J. I. c. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1. ^f Dig. de institoria actione. 14. 3. ^g Dig. de exercitoria et institoria actione. 4. 25. cf. §. 2. J. I. c. ^h Dig. de peculio. 15. 1. §. 4. J. I. c. ⁱ L. 3. §. 11. 12. D. I. c. 15. 1. cf. L. 1. §. 7. D. de his qui effud. 9. 3. L. 58. D. de R. J. ^k L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. ^l L. 18. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. cf. L. 47. §. 1. D. h. t. 15. 1. ^m L. 3. §. 5. sqq. D. h. t. 15. 1. L. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 13. (14.) D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. D. de tut. 26. 1.

у колико у колико достиже особина (*peculium*)ⁿ, по одбитку оног што отац из истог има да потражује^o, али са урачунавањем оног, што би од исте услед његовог *dolus-a* недостајало^p. Но у последњем погледу, као и у случају престанка власти, одговара само за годину дана и то за тзв. *utilis annus*^q. Ако је особина са знањем очевим, цела или неки део, била намењена каквом трговачком послу, то они који су постали повериоци сина у погледу таквог посла имају право на намирење из имања трговини намењеног (*Handelsvermögen*), а отац нема прече право наплате за своје тражбине и за одржање тог њиховог права према оцу имају нарочиту тужбу, *tributoria actio*;^r

4) Околност, да је син закључио прав. посао у корист очеву и да је овај дошао до какве имовне користи, било у непосредној добити или подмирењу издатака, које би иначе имао отац да учини. У овом случају отац одговара, путем тзв. *actio de in rem verso* у колико би достизала корист до које је дошао (*quantum in rem patris versum est*).*

Све побројане тужбе оснивају се на облигацији синовљевој, али се мењају у колико се односе на оца, као *actiones adiectitiae qualitatis*,^s према разлици основа, са кога им има места и против оца.^t Оне се могу стечи у једном истом случају, у колико би се стекле претпоставке за сваку од њих, а могу ићи упоредо са тужбом против сина^u. Но у овом последњем случају син се може ослободити од потраживања поверилаца^v, ако би очевидно само као заступник очев, у његово име, уговор закључио, не обвезујући се другој страни

n L. 4. pr. §. 1. 2. L. 30. pr. §. 4. L. 47. §. 2. D. h. t. 15. 1. cf. L. 11. D. de cond. indeb. 12. 6. o L. 9. 11. pr. §. 6. L. 52. pr. D. h. t. cf. L. 44. eod. p L. 21. eod. q Dig. quando de peculio actio annals sit. 15. 2. r Dig. de tributoria actione. 14. 4. §. 3. J. l. c. s Dig. de iu rem verso. 15. 3. §. de tributoria actione. 14. 4. §. 3. J. l. c. L. 1. §. 17. L. 5. §. 1. D. de exercit. 4. 4. b. (§. 4.) J. l. c. t. §. 5. J. l. c. L. 1. §. 17. L. 5. §. 1. D. de exercit. 4. 4. L. 3. §. 4. D. de minor. 4. 4. u L. 4. Cod. h. t. 4. 26. L. 20. D. act. 14. 1. L. 3. §. 4. D. de minor. 4. 4. v L. 4. Cod. h. t. 4. 26. L. 20. D. de instit. act. 14. 3.

са својим имањем за испуњење обвезе, и у том случају он одговара само за то, да је као прави пуномоћник радио у границама датог му пуномоћства, овлашћења.^z Може и то бити, да се више тужба ове врсте вежу међу собом^y. Но у колико би поверилац једном од тих тужбаба, против сина или оца, дошао до намирења, у колико остале тужбе отпадају, јер су све управљене на један исти предмет^w, *actio de peculio* и *actio tributoria* стоје међу собом у таком односу, да избор једне искључује другу^x.

* Још даље иде Brinz 2. изд. II. стр. 218, који хоће да према принципи отац одговара „ма да намеравана употреба у његову корист није наступила“.

Прим. 1 О тзв. *actiones adiectitiae qualitatis* у општејправ. Buchka н. н. м. §. 3.. 5. Savigny Obl. II. §. 54.. Windscheid Pand. §. 482.. 484. Под насловом: „одговарање (Haftung) за обвезе других“, после теорије о јемству § 476.. 481.; Mandry d. gem. Familiengüterrecht II. 1876. 3. књ.: „одговорност оца за сина“ 1. гл. „одговорност... за дугове из радње“ §. 71.. 101. (в. с оне §. 429. прим. 1., и Kuntze Cursus. 2. изд. §. 610. Brinz 2. изд. §. 258. 259. Hellmann н. н. м. стр. 80 и д. 93. 96. Baron Abhandl. aus d. röm. Civilprocess II. die adjecticischen Klagen 1882. (о томе Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 6. стр. 101 и д. Pfersche у Wiener Ztschr. IX. стр. 636 и д.) Lenel das ed. pergr. стр. 203 и д.; о *actio quod iussu* нарочито: Chambon Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. I. Jena 1851. стр. 175.. 268., Drechsler die *actio quod iussu*. 1877. о томе Hellmann у krit. Vjschr. XX. стр. 606 и д. о *actio de in rem verso*: Leist civ. Studien II. стр. 61.. 102. Witte die Bereicherungsklagen стр. 256 и д. Löwenfeld die selbständige *actio de in rem verso*. 1873. (о томе Bernhöft у Jen. Ltztg. 1874. Nr. 33. Lotmar у krit. Vjschr. XVII. стр. 550 и д.) Ruhstrat у dogm. Jahrb. XV. 6. XIX. 9. стр. 416 и д. Mitteis стр. 23 и д.

^t За начело исказано у тексту вели Brinz 2. изд. §. 258. приметба 8. да „само себи противречи“, а са своје стране учи, да се власници (*Gewalthaber*) и принципали не обвезују из облигација, већ из уговора и токоршњи уговора подвластних и

w §. 4b. (§. 4.) 5. J. l. c. x cf. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. pr. D. de instit. act. 14. 3. L. 4. §. 5. D. quod cum eo. 14. 5. L. 30. §. 4. L. 32. D. de pecul. 15. 1. (§. 105.) x L. 9. §. 1. D. de tribut. act. 14. 4.

деловођа (в. још Mandry II. стр. 255., 265.). Тако исто и основ одговорности власника de peculio, de in rem verso, quod iussu не лежи „тек у постојању peculium-a, iussus-a или in rem верзије. На против, у пасивном контракту подвласничких лежи већ по себи основ за одговорност власника, а тиме што они одговарају de peculio, de in rem verso, quod iussu, исказан је само обим њихове одговорности, а у неколико и околност, за што одговарају in solidum или ограничено“ (стр. 203 и д.)

2 Другог је мњења (по римском праву) Thöl н. н. м. 4. изд. §. 26. прим. 6.. 9.

3 О међусобном односу разних actiones adiectitiae qualitatis в. нарочито §. 5. J. h. t. 4. 7. Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini (vel patris) contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. (§. 5. a.) Is quoque, cui tributoria actio competit, aequa de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia n ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria eius tantum, quod (quo) negotiatur... Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet; certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. Cf. Gai. IV. §. 74 a. in f.: „si potest approbari, id quod dederit is qui cum filio servove) contraxit Krueg. Studem., in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur“. L. 16. 17. § 1. L. 19. D. de in rem verso 15. 3 — По старијем праву већ је литисконтестација (опарничење), због материјалне истоветности (идентитета) облигације, која је основа овим тужбама, повлачила за собом са консумцијом (гашењем) једне тужбе консумцију осталих тужба (§. 113), а литисконтестација против сина консумцију тужба против оца и обратно, против чега се после, према приликама, дава помоћ (pot. v.); ерв. Keller Litiscontestation стр. 419 и д. 544 и д. Bekker proc. Consumption стр. 173 и д. Dietzel у Bekker's Jahrb. II 12., но против

овога Keller тамо III. 6. Mandry II. стр. 265 и д. О новијем праву: Francke у civ. Arch. XXIII. стр. 418 и д. Wächter Erörtr. III. стр. 20 и д. стр. 60., и о сродности овог односа са кореалним облигацијама Savigny Obl. I. §. 21.; но уз то Fritz у Linde's Ztschr. п. р. XVII. стр. 167 на крају. Samhaber Correalobl. стр. 176 и д. Baron Gesammtrechtsvh. стр. 268 и д. Mandry II. стр. 288 и д.

4 У §. 8. J. h. t. вели се, да се са тужбама actiones adiectitiae qualitatis може стечи и цивилна тужба (condictio): Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam (si) principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Срав. L. 29 D. de reb. cred. 12. 1. L. 17. §. 4. 5. D. de instit. act. 14. 3. L. 5. pr. D. quod iussu 15. 4. Међу тим за actio de peculio то се не вели: §. 10. J. de act. 4. 6. О објашњењу оне цивилне тужбе в. Schrader ad §. 8. J. cit., који је припушта у најширем обиму а Savigny Obl. II. стр. 34. ограничава је само на случај зајма; са истим се слажу Chambon н. н. м. стр. 257 и д. Helmolt Correalobl. стр. 96. Другаче опет Mandry II. стр. 326 и д. Brinz стр. 213 и д. Bekker Actionen I. стр. 155 и д. нарочито № 69. Baron Condictioen §. 20.

§. 248.

б). Преко добровољних, слободних заступника (freie Stellvertreter).

Већ преторски Едикт дозволио је употребу acti-je exercitori-je и institori-je (§. 247. 3.) и против оног, који је неко лице које није у његовој власти поставио^a, за magister-a navis или institor-a,¹ само ако су испуњени и остали услови, који се траже за те тужбе. Доцније је, са тог истог гледишта, у случају кад неко на основу општег или посебног позива (Auftrag) неког другог какав праван посао предузме, у опште дата тужба и против овог другог, тзв. quasi institoria actio или utilis actio ad

^a §. 2 a. (§. 2.) J. I. c. 4. 7. Gai. IV. 71. cf. L. 1. §. 4. D. de exercit. act. 14. 1. L. 1. sqq. D. de instit. act. 14. 3.

exemplum institutiae^b. На тај се начин услед правног посла пуномоћника, у колико би одговарао позиву^c, обвезује посредно и овластилац. Но први (пуномоћник), ако је закључио уговор изрично као заступник последњег (овластиоца), може се^d против тражбине другог уговорника заштитити приговором (ексцепцијом)^e, у колико не би и поред тога лично одговарао^f, или не би још у том тренутку водио послове овластиоца^g. По данашњем праву и овде влада мњење, кад је какав праван посао закључен у име овластиоца, онда је овластилац обвезан, као да је и сам уговорник, и по томе њега ваља сматрати као непосредно и једино обвезаног.^h То исто важи о правно снажним (rechtmässigen) правним пословима стараталаца за њихове пупиле^g, пословођа правних лица за послове предузете у њихово име и за њихⁱ. Накнадно одобрење дејствује као и претходан позив^j. Но онај у чије је име неко ко није пуномоћник закључио какав праван посао са трећим, обвезан^k је том трећем и без накнадног одобрења, у колико би морао признати, да је посао закључен у његову корист,^l а то је исто случај и онда, кад је опуномоћени заступник противно овлашћењу радио или границе истог прекорачио, у колико би и поред тога посао испао у корист принципала^l. Међу тим никако се не може тврдити то,^m да се против сваког

^b L. 16. 19. pr. D. de instit. 14. 3. L. 5. 6. Cod. eod. 4. 25. L. 10. §. 5. cf. L. 45. pr. D. mand. 17. 1. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 30. (31). pr. D. de neg. gest. 3. 5. c L. 5. §. 11. 12. D. de instit. 14. 3. d L. 20. D. l. c. L. 5. §. 3. (L. 6. §. 1.) D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 4. Cod. quod cum eo. 4. 26. e L. 67. D. de procurat. 3. 3. L. 45. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. f arg. L. 67. D. cit. g L. 5. §. 7. 8. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 4. Cod. si tut. 2. 24. (25.) L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 1. Cod. eod. 5. 39. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. §. 4. D. de re iud. 42. 1. h L. 4. §. 2. D. l. c. cf. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. Nov. 120. cap. 6. §. 3. i L. 7. §. 3. (4.) in f. Cod. quod cum eo. 4. 26. k L. 7. §. 3. (1.) Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 3. §. 2. . 10. D. de in rem verso. 15. 3. L. 9. (10.) D. de neg. gest. 3. 5. — L. 38. D. de evict. 21. 2. l L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 15. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 7. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 9. 10. D. de instit. act. 14. 3. L. 82. D. pro socio. 17. 2.

оног може подићи тужба^m, који је посредно нешто добио, услед прав. посла неког другог.

Прим. 1 О теорији о инститору по рим. и дан. праву в. нарочито Thöl Handelsrecht (4. изд.) I. §. 20 . 23. Buchka Stellvertretung стр. 37 и д.

1^a Против тога Brinz 2. изд. §. 259. прим. 49.

2 Срав. §. 246. прим. 1. 4. И овде је другог мњења по рим. но не и по данашњем праву Thöl §. 26. прим. 6. и д. Према томе сад управо више није нужно помагати се са *actio quod iussu*, *exercitoria* и *institoria*, јер се све тужбе оснивају на посебном или простирањем (umfassenderen) позиву (*Auftrag*). Али се рим. теорија тих тужаба може још и сада употребити, у колико се тиче ближег материјалног определења тих правних односа, а не само последица које потичу из начела ограниченог заступања. Savigny Obl. R. II. стр. 51 и д. Thöl и. н. м. Bluntschli deutsche Privatr. §. 136. Stobbe Handb. III. §. 170. Brinz 2. изд. II. стр. 222 и д. 226. Да ли су *actio de peculio* и *tributoria* још од практичног значаја, зависи од тога, да ли данас у опште још постоји особина (*peculiū*) у римском смислу (§. 436.). Mitteis стр. 308 и д.

3 L. 7. §. 3. (1.) Cod. 4. 26. Alioquin si cum libero rem eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habnisse actionem: nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. На основу тог места створена је тзв. *utilis de in rem verso actio*, сличну тзв. *quasi institori-ji actio*. Тако Chambon die Negotiorum Gestio, стр. 193 и д. И доиста, између те две тужбе постоји извесна сличност (аналогија). Међу тим *quasi institoria actio* (not. b.) није ништа друго до уступљена *mandati actio contraria* овлашћеника, а тако исто ваља и тужбу, која је призната у L. 7. §. 3. (1.) cit. схватити (per ergumentum a contrario) као *utilis* (sc. tanquam cessa) *negotiorum gestorum contraria actio*, arg. L. 38. D. 21. 2., в. и Brinz 2. изд. стр. 221. С друге стране права de in rem verso actio замена је за исту, као што је *actio quod iussu* замена (сурогат) за *mandati contraria actio*, где је деловоћа зависно лице (§. 247. 4.), arg. L. 3. §. 2. D. 15. 3. Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem (sc. contrariam). Savigny и. н. м. стр. 31 и д.

^m L. 15. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 13. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 8. Cod. depos. 4. 34. cf. L. 14. 49. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 33. eod.

прав. Jhering н. н. м. I. стр. 342 и д., и Zaun у prakt. Arch. н. р. I. стр. 39. прим. 40. и Witte н. н. м. стр. 265 и д. и још Windscheid §. 483. прим. 2. 5. Mandry II. стр. 472 и д. Brinz 2. изд. II. стр. 219 и д. — На други се случај односи L. 5. §. 3. (L. 6. §. 1.) D. de neg. gest. 3. 5. Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habedo actionem (такође contrariam, а не utilem), adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Срав. L. 30. (31.) pr. D. de neg. gest. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet. Witte н. н. м. стр. 271 и д. Schletter's Jahrb. XII. стр. 17. Dernburg Pand. II. §. 14. прим. 17.

4 Пре се често давала несразмерно велика примена utilis de in rem verso actio. Против тога и о разним мњењима в.: Kämmerer у Linde's Ztschr. VIII. 8. стр. 349 и д. Witte н. н. м. стр. 267 и д. Ude у civ. Arch. L. 18. Seuffert's Arch. I. 211. IV. 221. VI. 192. XIV. 238. XVI. 44. Срав у осталом још Büff у prakt. Arch. VIII. 7. 13. стр. 209 и д. 417 и д. „Има ли личну тужбу покрадени против онога коме је лотов позајмио украден новац?“ и Rocholl Rechtsf. aus der Praxis des Reichsgerichts I. 5. стр. 83 и д.

IV. МЕЊАЊЕ ПОСТОЈЕЋИХ ОБЛИГАЦИЈА.

§. 249.

1). Договором (Verabredung).

Облигаторни однос може се у току времена у по- гледу садржине* изменити. То може пре свега бити договором, који је додат главној садржини облигације (pactum adiectum). Ваља нарочито поменути извесне споредне уговоре (Nebenverträge), који могу створити право на укидање главног уговора и његових дејстава, и то:

1) Договор, којим је укидање каквог правног посла остављено на вољу једног од уговорника^a („si displicerit“,¹

^a L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 11. §. 13. D. quod vi aut clam. 43. 24.

отуда тзв. pactum displacecentiae). Ако за вршење тог права није утврђен рок уговором, то се у једном случају те врсте^b законом ограничава вршење тог права на рок од 60 дана (dies utiles), а отуда се створило опште правило, али без довољно разлога;²

2) Договор, којим се једном од уговорника или обожици дозвољава, да раскину уговор, ако се у извесном року нађе уговорник, који би исти посао закључио под повољнијим условима, тзв. in diem addictio^c. За испуњење тог услова нужно је, да је ономе који има право на раскидање доиста учињена кориснија понуда^d, и од истог и примљена^e. Но и у том случају, по правилу, други уговорник има још право, да под истим условима задржи посао за себе^f;

3) Договор, по коме је један од уговорника у праву, да сматра, да посао није закључен, ако други не би на време испунио обвезу, која на њега пада^g, тзв. lex commissoria. Ако би такав случај наступио, онда, и без опомене^h, онај који има то право може посао раскинути, а одрекао се тог права, ако доцније прими у целини или делимицеⁱ, оно на шта се дотични обвезао или због тога подигне тужбу^j.

Побројани споредни уговори, који се у изворима спомињу само уз уговор куповине, али који су могући и код других двостраних уговора, имају, кад се употребе, карактер и дејство раскидних^m услова.^{2a} Но уговорници су у исто доба услед правног посла и лично обвезани, да један другоме врате што су услед истог добили, како главне тако и споредне ствариⁿ. Но услед lex commis-

^b L. 31. §. 22. 23. D. de aed. ed. 21. 1. c Dig. de in diem addictione. 18. 2. d L. 4. §. 6. L. 5. D. l. c. L. 10. 14. pr. §. 5. L. 15. eod. — L. 11. pr. eod. e L. 9. 11. §. 4.. L. 13. 14. §. 2. D. eod. cf. L. 13. §. 1. L. 14. §. 3. L. 18. eod. f L. 6. §. 1. L. 7. 8. eod. g Dig. de lege commissoria 18. 3. h L. 4. §. 4. D. 1. c. cf. L. 8. eod. L. 7. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. i L. 2. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. k L. 6. §. 2. eod. l L. 7. eod. L. 4. Cod. l. c. m §. 71. prim. 5. 6. n L. 4. §. 4. L. 6. pr. L. 16. cf. L. 20. D. de in diem add. L. 4. pr. L. 5. D. de lege commiss. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 4. pr. Cod. de aed. act. 4. 58.

soria-e уговорник који би се задочнио са испуњењем, губи, по правилу,³ оно што је дао као капару или што је испунио као део примљене обвезе⁴, али у место овог последњег може задржати оно што би добио као плод од ствари, коју има да врати⁵. На основу нарочитог договора може такав уговорник одговарати и за штету, коју би противна страна претрпела услед раскидања уговора⁶.

У осталом могу се слични споредни уговори десити код каквог уговора и као одложни услови⁷, само у противном правцу. На шта се мислило у поједином случају може бити сумњиво и ствар је објашњења воље.

* Модификације о којима је говор у овом §-у, могу се при самом закључивању облигација додати као споредни уговори, и онда се не могу сматрати као измена постојећих облигација. Тако исто вала имати на уму и то, да осим у §§. 249. и д., побрејаних измена има још и много других облигација. Wächter §. 191. прим.* и нарочито Brinz 2. изд. §. 264. — Уз цео овај §. в. нарочито Wendt Reurecht und Gebundenheit. 2. св. die Reuverträge 1879. О противности измене римског и данашњег схватања у опште: Dernburg Pand. II. §. 47. О договорима којима се што мења (modificirende Verabredungen) посебице в. Bechmann Kauf. II. стр. 480 и д. 502., 532., 544. и д.

Прим. 1. Тај се израз употребљавје у изворима у погледу робе при куповини „si res displicuerit“, а не „si emtio displicuerit“; срав. доле §. 301.

2 Против тога Windscheid §. 323. пр. 14. са Goldschmidt-ом у Ztschr. für Handelsrt. I. стр. 125 и д. Fitting тамо II. стр. 272 и д. Но срав. Czyhlarz z. L. v. d. Resol. Bed. стр. 43 и д. Wendt §. 6.

2^a Против тога Wendt н. н. м. §. 4. „Једино упоређење, које одговара природи одустаничког уговора (Reuvertrag),... оно је, по којој је то право оспоравања (Anfechtungsbefugniss), по коме се може обеснажити и отклонити посао, који иначе по праву има потпуну силу и важност“.

о L. 6. pr. D. de lege commiss. cf. L. 8. eod. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54 p L. 4. §. 1. D. de leg. com. 18. 3. q L. 4. §. 3. eod. r §. 67. прим. 2. cf. §. 4. J. de emt. vend. 3. 23. L. 20. pr. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5.

3 О правилу у пот. о. р. постоје разна мњења, јер L. 8. и L. 1. citt. спомињу изрично уговарање о пропадању капаре, а L. 4. §. 1. cit. претпоставља само као могуће пропадање једног дела плаћене цене (услед нарочитог уговарања). Срав. Glück Comment. XVI. стр. 289 и д. Но против тога је L. 6. pr. cit. De lege commissoria interrogatus ita respondit: si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea legē uti venditor velit, fnndos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. L. 4. §. 1. cit. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lueretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretit dedit. Nicht hierher gehört L. 6. Cod. 4. 54. Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in aliud transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex fundum... restitui tibi cum fructibus suis... perficiet: praeassertim cum (et) diversa pars receptis nummis suis nullam passa visideri possit iniuriam. Но изгледа да тај рескрипт не говори, као што узима Sintenis §. 101. прим. 31., о уговореном одустајању (Rückgängigkeit) од куповине, већ о продаји закљученој неповољно и ob causam, од које се може одустати са non impleta promissi fide, дакле causa non secuta, по општим начелима (Dig. 12. 4.) В. о сличном случају L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Savigny Obl. II. стр. 264. — О lex-y commissoria у опште: Burckhardt y civ. Arch. II. 12. 17.

2). П о в р е д о м .

§. 250.

а). Ервицом обвезаног. Dolus (злонамер) и Culpa (немар).

Кад дужник учини да је испуњење његове обвезе, са свим или у неколико, немогуће, (§. 85. 86.), услед његове намерне и противправне радње (dolus) или услед недостатка пажње и бриге (немар), коју захтева његов обвезноднос, онда је за то одговоран повериоцу. У том случају поверилац може тражити од њега накнаду мањка (Interesse) и то са тужбом из облигације, која је тиме потврђена, и која је тиме претрпела промену.*

За злонамер (*dolus*) је обvezani одговоран у сваком случају. Та се одговорност не може искључити у напредни нарочитим договором^a. Но ако би се сукобио злонамер (*dolus*) са обе стране, онда се узајамно потиру^b. Злонамеру се, по правилу, равна груби немар (*grobe Fahrlässigkeit, lata culpa*)^c, тако да под немаром (кулпом), у противности према злонамеру (*dolusu*), ваља разумети обичан немар (*gewöhnliche Schuld, levis culpa*)^d. За немар последње врсте обvezani по правилу, не одговара, ако од обvezног односа нема никакве користи^e. Иначе је, по правилу, одговоран за сваки немар (*omnis culpa, дакле и за levis culpa*)^f. Но обvezani подлежи јачој (строжијој) одговорности, ма да нема никакве користи отуда, када се за какав посао сам наметуо или непозван понудио^g, као и онда, кад је његова обвеза управљена на отправљање туђих послова, које по њиховој природи захтевају потпуну пажњу (*exactam diligentiam diligentis patris familias*)^h. С друге стране, има неколико случаја, у којима се одговорност обvezаног ограничава само на груби немарⁱ, ма да обvezани има користи отуда. На послетку у извесним случајима једне или друге врсте обvezани одговара истина и за мању кривицу (*geringeres Verschulden*), али не одговара^j за већу пажњу од оне коју обично посвећује његовим сопственим пословима (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*)^k.

Колика ће, према томе, бити пажња, коју дужник мора посебице да покаже (*in besonderer Richtung*), на-

a L. 23. D. de R. J. L. 27. §. 3. 4. D. de pact. 2. 14. L. 17. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 7. D. depos. 16. 3. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. b L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 3. §. 3. D. de eo per quem factum. 2. 10. L. 36. D. de dolo. 4. 3. c L. 1. §. 1. D. si mensur. 11. 6. L. 226. D. de V. S. (§. 86. not. e. f. g. l.). d §. 86. not. i. e L. 108. §. 12. D. de legat. I. L. 5. §. 2. 3. (2.) L. 18. pr. D. commod. 13. 6. cf. L. 23. cit. f L. 1. §. 35. D. depos. 16. 3. L. 54. (53.) §. 3. D. de furt. 47. 2. g L. 11. 13. 21. Cod. mand. 4. 35. L. 10. (11.) D. de neg. gest. 3. 5. L. 8. (6.) D. de adm. rer. civ. 50. 8. h L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. — L. 1. §. 1. D. si mensur. 11. 6. i L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 25. §. 16. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 23. (22.) §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. §. 4. (L. 11.) Cod. de pact. conv. super dote. 5. 14. — L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3.

рочито у чувању какве ствари од крађе и повреде, зависи од особите садржине и предмета обvezног односа (*Schuldverhältnisses*)^l.

Смањивање одговорности, које може према горњим одредбама да наступи, не штити, у осталом, дужника од обвезе на накнаду штете, у погледу оних омашака, кривица, (*Versehen*) учињених према предмету који је у обвези, а за које би био одговоран и без нарочитог обvezног односа^m, (*culpa in faciendo*, аквиљска кулпа (*Aquillische Culpa*, §. 85)). Али, разуме се по себи, при оцени питања, да ли му се каква штета може урачунати у кривицу те врстеⁿ, може доћи у оцену и особити однос, у који је дошао услед обvezног односа према оштећеној ствари.^o

Осим тога може се у свима случајима редовна мера одговорности, особитим договором^p, или доцњом (§. 251.), смањити или увећати, па и тако проширити, да дотични одговара за прост случај^q.

Ако су обе стране криве, онда се међусобна потраживања штете потиру, у колико би била једнака^r, отуда може и за онога, који је у првом реду његовом кривицом (но не злонамером) штету учинио, наступити смањење или баш и потпуно поништење његове обвезе на накнаду, у колико би последица његове кривице била увећана или изазвата^s, сопственом кривицом оштећеног. У другим случајима може се шта више десити и то, да непосредног учиниоца штете ваља ослободити од сваке

k §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 52. §. 3. D. pro soc. 17. 2. L. 12. pr. L. 14. pr. §. 1. D. de furt. 47. 2. cf. §. 3a. (3.) J. de emt. vend. 3. 23. L. 24. D. de rei vind. 6. 1. l L. 18. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 10. pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 12. §. 6. L. 13 pr. D. de lib. caus. 40. 12. m cf. L. 54. §. 2. D. de acquir. dom. 44. 1. n L. 23. D. de R. J. L. 1. §. 6. 10. 35. D. depos. 16. 3. cf. L. 27. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. o §. 3a. (3.) J. de emt. vend. 3. 23. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. p L. 10. D. de compens. 16. 2. q L. 45. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 22. §. 4. D. de pign. act. 13. 7. L. 203. D. de R. J. cf. L. 23. §. 8. D. de aedil. ed. 21. 1. L. 29. §. 1. D. de evict. 21. 2. L. 62. (61.) §. 7. D. de furt. 47. 2.

одговорности^r, а прави узрок штете потражити у сопствену понашању оштећеног.^s

Доказ^t о томе, да је услед какве околности, за коју он не одговара, дакле без његове кривице ван могућности, да његову обвезу испуни, има да да дужник, који би био тужен на основу доказане обвезе^u. У случају, кад би тужилац из кривице противника изводио какво ново потраживање, које само по себи не потиче из обвезног односа, онда је на њему да прво докаже кривицу као претпоставку његове тражбине^v.

Код кореалних облигација за кривицу једног од садужника одговарају и остали садужници.^w

* „Кривица (*Verschuldung*) је по њеној општој природи и у оквиру облигације исте природе које и ван тог оквира... али... тиме, што неко има право тражбине, могуће су правне повреде, нарочито опште (*Schädigungen*), о којима иначе не може бити говора... услед онемогућења, смањења вредности (*Entwerthung*) пропуштања (*Unterlassung*) или погрешног извршења учинбе (*Leistung*)... Да ли постоји кривица и да ли за исту ваља дати накнаду (*prästiren*), два су врло разна питања...“ и „може се тврдiti, да је... мера накнаде (*Mass der Prästation*)... више узета из особите него из опште природе појединих облигација (обвеза)^x. Brinz 2. изд. §. 266, 267. стр. 249 и 254.

Прим 1 То је јасно исказано као правило у погледу bonaе fidei obligationes, у местима наведеним у нот. е. а) L. 108 §. 12. D. de leg. I. cit. Quum quid tibi legatum fideiive (*Hal. fideique*) tuae commissum sit, ut mihi restitucas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonaе servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. б) L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. Nunc videntur quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur,

^r cf. §. 4. 5. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 9. §. 4. L. 28. 31. in fine. D. ad leg. Aquil. 9. 2. ^s L. 3. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 16. D. depos. 16. 3. ^t L. 18. §. 1. D. de prob. 22. 3. cf. L. 18. §. 3. D. commod.

merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem depo-nitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. §. 3. (2. i. f.). Commodatum autem plerumque solam utilitatem con-tinet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. с) L. 18. pr. eod. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accident, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui cu-stodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum com-modaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas; sed viden-dum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. d) L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5... Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

2 Списак разних случајева, према степену одговорности, на-лази се у L. 23. D. de R. J. Contractus quidam dolum malum dun-taxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta; in his quidem et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonaе fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accident, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, im-

petus praedonum a nullo praestantur. — Huschke у Rh. Mus. VII. стр. 74 и д. 78. поправља то место овако: Contractus... pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio и т. д., како горе. У осталом в. Bethmann-Hollweg über die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, Anh. IV. уз Hasse-ову књигу Culpa, 2. изд. стр. 553 и д. (§. 85. прим. 1.). Уз то Mommsen Beitr. III. стр. 391 и д. — Против разликовања на ipse dolus и quasi dolus, које је изнео Asher у Linde's Ztschr. н. р. XXII. 8. стр. 279 и д. в. Arndts у Haimerl's Vjschr. XVII. 8. (civ. Schr. I. 25.). — Kniep über Contracts-Culpa, Rostock. 1873. узима понова старији појам кулпе, без урачунавања, о томе Hölder у krit. Vjschr. XVI. стр. 539 и д.

2^а Против тога, с тим да је „то чување и државање само једна species diligentiae“ и у опште о custodi-ји в. сад Brinz 2. изд. §. 268. 269., који долази до резултата, да у изворима свако изрично а ближе неопредељено обећање кустодије (чувања) има значај обећања гарантовања (Garantieversprachens). Срав. још Baron у civ. Arch. LII. 2.

3 О разним мњењима у погледу овог питања в. Löhr Theorie der Culpa стр. 81 и д., Beiträge стр. 219 и у Mag. III. стр. 173 и д.; Hasse Culpa §. 36. 37. — Hagemeister у Löhr's Mag. III. стр. 145 и д. Sintenis §. 101. прим. 38.

4 Срав. Demelius über Compensation der Culpa, у dogm. Jahrb. V. 2. Hesse у civ. Arch. LXI. стр. 253 и д. Pernice Laubeev II. стр. 32 и д.

5 Срав. о томе Weber v. d. Beweisführung Nr. VI. §. 21..25. стр 134..143. 3. изд. Seuffert Erört. I. стр. 117 и д. Puchta §. 267. Sintenis §. 101. прим. 67. са Mommsen III. стр. 374 и д. Windscheid у Heidelb. krit. Ztschr. III. стр. 281 и д. Pand. §. 265. прим. 16..19. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 70. Wächter I. §. 87. Beil. II. Hefke über den Beweis d. Culpa bei Contractsklagen, у pract. Arch. н. р. XIII. (dritte Folge II.) 1. 10. (recte: 3.) стр. 1 и д., 109 и д.

6 Тако мисли већина на основу L. 18. D. de duob. reis. 45. 2. (Pompon.) Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Срав. Ribbentrop Correalobl. стр. 28 и д. Rückert у Linde's Ztschr. н. F. XII. стр. 19 и д. Wirth у civ. Arch. XXXIX. 6. Mommsen Beitr. III. стр. 280. Samhaber Correalobl. стр. 102 и д. Ubbelohde untheilb. Obl. стр. 266. С друге стране, има писаца који покушавају да то начело оборе

насилним тумачењем или поправљањем текста, јер мисле да се не може сложити са другим местима (L. 88. D. de V. O. L. 19. D. de dolo malo. L. 32. §. 4. 5. D. de usur. cf. L. 91. §. 5. D. de V. O.) Girtanner Bürgsch. стр. 407 и д., друкче Stipulation стр. 265 прим. 217. Kuntze die Obl. стр. 154 и д. Bekker Jahrb. III. 4. стр. 123 и д. мисли да може тиме помоћи што претвара factis у sociis, али против тога су, и то с правом, Samhaber стр. 106 и д. и Fritz у Linde's Zeitschr. XIX. стр. 85 и д. Међу тим, овај последњи ништа не примењује против објашњења Фитинговог (Fitting), Correalobl. стр. 81. 241., који израз „factum“ у L. 18. cit. односи на радње, којима се прекила застарелост тужаба и у томе види упућивање на L. 4 (5.) Cod. de duob. reis. 8. 39. (40.), а сам претпоставља да је Pomponius написао „non nocet“, па су тек доцније компилатори ставили на место тога „quoque nocet“. Fritz опет мисли, да се место може у смислу Помпонијевом употребити и за друге случаје н.пр. кад какав correus socius закључи растум de non petendo, па му стоји на супрот replicatio doli или metus или се један correus налази in mora, па други учини немар (кулну). Слично мисли Baron die Gesammtrechtsverhältnisse стр. 285 и д., а тако и Windscheid §. 295. прим. 13. И за та се објашњења не може казати, да су неусвојена. Осим тога, L. 9. §. 1. D. de duob. reis 45. 2. није противан мњењу које влада. В. сад Brinz 2. изд. §. 253. стр. 176: „чињенице... које кривицу саму увећавају, морају погодити све, ма да су наступиле кривицом само једног, јер једна иста кривица не може бити у једно исто време и већа и мања. Сасвим другаче опет Leonhard Irrthum стр. 525. прим. 1. У најновије доба Unger у dogm. Jahrb. XXII. стр. 250: „Одговорност за кривицу другог кореуса... увек је одговорност по сопственој кривици (aus eigener Schuld): кад и у колико пада на ког од кореуса учешће у кривици (Mitschuld), то је он ex facto другог зајед. дужника (Gesammtschildner) одговоран... подлежи прекору, да није испунио дужност заједничке брижљивости“.

7 Особито је још питање, у колико је неко код облигаторног односа одговоран и за кривицу свог заступника (Stellvertreter) и помоћника (Gehülfe)? О томе Ubbelohde у pract. VII. 11. стр. 229 и д. и у Zeitschr. für Handelsrecht VII. стр. 199 и д. R. J. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obl. Kiel 1861. (в. Kuntze у Schletter's Jahrb. VIII. стр. 215 и д.) Wyss die Haftung für fremde Culpa nach R. R. 1867. стр. 71 и д. (в. Schletter's Jahrb. XIII. стр. 97 и д., Beckmann у krit. Vjschr. X. стр. 313 и д.). Windscheid Pand. §. 401. прим. 5. и д. §. 482. прим. 15. Dernburg

Preuss. Priv. R. II. §. 68. Dreyer Gutachten у Verhdlgen. d. XVII. d. Jur.-Tag. I. стр. 46 и д. O. Mauser тамо стр. 125 и д. Brinz 2. изд. §. 270. поставља као начело, да се простире „одговорност обвезаног и на те кривице (Verschuldungen) само под претпоставком, да се кривица трећег јавља у исто време и као његова кривица“, — или је налази и онде, где је други не могу да нађу, на водећи нарочито, да је за изворе за постојање culpe in eligendo меродавнији резултат од избора. У погледу недозвољених радњи деловоде (Geschäftsführer) в. нарочито L. 5. §. 3. D. de doli except. 44. 4. L. 1. §. 2. 4. 5. D. de exercit. act. 14. 1. L. 5. §. 8. D. de instit. act. 14. 3. Idem (Labeo) ait, si libitinarius, (quos graece νεκροδάπτις vocant) servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeteret. L. 5. §. 10. eod. Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. Последње место објашњују, без мењања текста, или разно Vangerow III. §. 661. стр. 497 и д. Thöl Handelsrecht §. 33 прим. 4. (срав. Keller у Bekker's Jahrb. II. 5.) Ude у civ. Arch. LIII. 8.; Puchta §. 278. not. d. поправља imperarem место imperaret, и даје тој речи значај „поручити“ (bestellen), с тим се слаже Dedekind у civ. Arch. XLI. 8., и Th. Mommsen у Dig. ad h. l., само он поправља imperaretur или imperarent. Jhering опет у dogm. Jahrb. II. стр. 78 и д. чита „ut discipulus servis“ место ut discipulis suis. Rudorff уз Пухту н. н. м. (10. изд. стр. 404, другаче у 11. изд. стр. 427 и д. у коме пристаје уз Вангерова) брани понова Пухтину поправку и објашњење; против тога Windscheid н. н. м. Срав. сад још и ново објашњење код Schlossmann-a Brinz н. н. м. прим. 35. и ново објашњење код civ. Arch. LXIII. 9. стр. 208 и д. који под изразом procurator разуме генералног пуномоћника, који сам услед његових радњи и пропуштања (Unterlassungen) остаје обвезан по истим. Leonhard у Verh. d. XVII. d. Jur. Tag. I. стр. 337 и д. Mitteis Stell-vertr. стр. 288 и д. Dernburg Pand. II. §. 38.

§. 251.

b). Доцњом. Мора.¹

Задоцњење са учинбом, мора, доцња у ширем смислу^a, може на основу особите одредбе (Festsetzung), уговора или последње наредбе, имати особите правне последице^b. Но под извесним предпоставкама може задоцњење и по правном пропису имати особита дејства, која са собом доносе мењање обвезног односа. Противправно задоцњење те врсте јесте доцња или мора у ужем, правом смислу^c, и то доцња дужника, mora solvendi или mora debitoris, кад дужнику пада на терет, доцња повериочева, mora accipendi или mora creditoris, када је до повериоца^d, што учинба (Leistung) није извршена.

1) Доцња дужника има то дејство, да се од тог тренутка не ослобађа ни од немогућности испуњења^e, која би случајно наступила,^f а тим пре, да одговара за сваку кривицу, макар дотле одговарао само у ограниченој мери^g; да се у случају накнаде вредности узима највећа вредност, коју је предмет у обвези имао од доцње^h; да мора накнадити повериоцу мањак (Interesse)ⁱ, а ако је новчани дуг, да је дужан платити^j, посебице интерес за одоцњење (Verzugszinsen).^k Но да би се могло узети, да је дужник у доцњи, нужна је, под претпоставком да је тражбини рок^l, по правилу, опомена на

a L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 24. pr. D. de usur. 22. 1. cf. L. 38. §. 6. eod. L. 13. 26. §. 3.. 5. D. de fideicommiss. libert. 40. 5. b L. 12. Cod. de contrah. stip. 8. 37. (38.) L. 23. D. de O. et A. 44. 7. §. 249. not. g .l. c L. 173. §. 2. D. de R. J. L. 127. D. de V. O. 45. 1. Dig. de usuris et fruct. et caus. et omuib. access. et mora. 22. 1. d L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 25. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. D. de legat. I. L. 24. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. e L. 25. §. 2. cit. cf. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. §. 3. D. depos. 16. 3. f L. 8. §. 4. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. D. de cond. trit. 13. 3. L. 3. §. 3. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. g L. 21. §. 3. cit. L. 114. D. de V. O. cf. L. 24. §. 4. D. locati. 19. 2. — L. 8. 14. pr. 38. D. h. t. 22. 1. h L. 32. §. 2. L. 34. 37. eod. L. 20. (19.) D. de perio. 18. 6. L. 13. Cod. de act. emti. 4. 49. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. и д. i L. 88. D. de R. J. L. 49. §. 3. L. 127. D. de V. O. 45. 1.

испуњење (Mahnung, interpellatio) од стране повериоца⁵. Само по изузету⁶ наступају побројана дејства и без опомене¹. Ако је за испуњење утврђено извесно време, то та околност, може, по нарочитом договору или по особитој садржини посла, имати не само то значење и дејство, да дужник у одређено време испуни обvezу и без опомене и да по себи одговара повериоцу за штету^m, у случају пропуштања тог времена, већ се узима, у сумњи, али не по рим. правуⁿ већ по данашњој пракси, да одређивање времена испуњења, плаћања (Zahlungszeit) значи, да дужник и без опомене⁶ самим пропуштањем одређеног времена долази у доцњу. Но ни дужника који је опоменут не постижу последице доцње, ако је задочњење у испуњењу оправдано⁷ довољним основима^o. Но у те основе не могу се рачунати неспособност плаћања дужника, па ма да је наступила и без кривице његове, као и у оште проста тешкоћа учинбе по дужнику, у колико му испуњење не би било отежано без његове кривице^p. Код скупног дуга (Gesammtschuld, §. 213) наступају дејства доцње само према оном скупном дужнику (Gesammtschuldner), који је лично у доцњи^q.^r

2) Доцња повериоца има то дејство, да се дужник од тог тренутка ослобађа^g испуњења, услед сваке немогућности испуњења која би доцније наступила, а не би била изазвата грубом кривицом (dolus aut lata culpa) дуж-

k L. 32. pr. §. 1. 3. D. h. t. 22. 1. L. 23. 24. D. de V. O. 45. 1. L. 36. §. 3. D. de legat. I. — cf. L. 24. §. 2. D. h. t. 22. 1. — L. 23. §. 1. D. h. t. cf. L. 2. D. de naut. foen. 22. 2. — L. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 7. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 7. L. 1. §. 35. L. 19. D. de vi. 43. 16. L. 45. (46.) §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. (lex restituta) ерав. ea Nov. 131. cap. 12. — m L. 34. D. de R. J. L. 9. §. 1. L. 12. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 10. Cod. eod. 4. 49. — n arg. L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (§. 220. not. f.) — L. 49. §. 3. eod. L. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. — L. 34. in f. D. de R. J. — o L. 114. D. de V. O. 45. 1. L. 91. §. 3. eod. — L. 9. §. 1. L. 17. §. 3. L. 21. 22. 23. pr. 24. pr. 47. D. h. t. 22. 1. L. 23. §. 1. D. de recept. 4. 8. L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 42. 99. D. de R. J. — cf. L. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 89. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. p L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. — q L. 32. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 173. §. 2. D. de R. J. — r L. 16. 18. (15. 17.) D. de periculo. 18. 6. L. 105. D. de V. O. 45. 1. L. 72. pr. D. de solut. 46. 3.

ника, као и то, да му поверилац има да накнади мањак (Interesse), због осуђењеног плаћања^s. Поверилац се налази у доцњи кад одбије^t, без правног основа, примање учинбе, која му је понуђена онако како ваља^u или иначе са своје стране спречи исту,^v док је дужник са своје стране учинио што је нужно, да се иста испуни^w. У последњем погледу, кад је место и време учинбе одређено, довољно је већ то^x, да дужник дође ради испуњења а поверилац изостане^y.

Доцња повериоца и дужника отклања се (mora purgatur), кад је онај који је у доцњи доцније готов на испуњење оног што је раније пропустио, под предпоставком, да је готов да другој страни да у исто доба и оно, што јој услед доцње припада^z. Престанак обвезе ништи и доцњу^z, а и иначе уговором се могу њена дејства у свако доба отклонити.

Прим. 1 Ово су новије обраде овог наука: Mada i d. L. von der Mora. Halle 1837. C. W. Wolff zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841. Срав. Sintenis §. 93. Vangerow III. §. 588. Најбоља обрада: Fr. Mommsen die Lehre v. d. Mora, Beitr. z. Obl.-Recht. Abth. III. Braunschweig 1855. (о томе Windscheid у Heidelb. krit. Zeitschr. III. стр. 253 и д.) Heimbach у Rtslex. XII. стр. 840.. 1044. Unger у Heimerl's Vjschr. XIV. стр. 125.. 134. Kniep die Mora des Schuldners nach röm. u. heut. Recht. 1871. 1872. (о томе Esmarch у kr. Vjschr. XIV. стр. 224 и д. Göppert у Ztschr. f. deutsche Gitzg. VI. стр. 409 и д.). Schey Begriff u. Wesen d. mora cred. im österr. u. gem. R. 1884. — Windscheid Pand. 4. изд. §. 276.. 281. (Verzug des Schuldners), §. 345. 346. (Verzug des Gläubigers). Brinz 2. изд. §. 271.. 275. О делу Мајовом: Demelius у Wiener Zeitschr. XIII. стр. 457 и д., Krasnopolski

s L. 3. §. 4. L. 38. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. t L. 39. L. 72. pr. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 41. §. 1. D. h. t. 22. 1. — u L. 3. §. 4. cit. L. 4. Cod. de usur. pup. 5. 56. — v arg. L. 23. §. 1. D. h. t. 22. 1. L. 18. pr. D. de pecun. const. 13. 5. L. 4. §. 2. D. de peric. et commodo. 18. 6. cf. L. 6. Coo. de usur. 4. 32. — w L. 73. §. 2. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 72. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. — L. 18. (17.) D. de pericolo. 18. 6. L. 51. pr. D. de act. emti. 19. 1. — x L. 29. §. 1. D. de V. O. L. 17. D. de cond. furt. 13. 1. — L. 8. pr. D. de novat. 46. 2. cf. L. 14. pr. L. 31. pr. eod. L. 72. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3.

у krit. Vjschr. XXVII. стр. 320 и д., Dreyer у Rassow's Beitr. XXIX. стр. 444 и д.

1^а У колико је потребно садељство повериоца при испуњењу? В. Kohler у dogm. Jahrb. XVII. стр. 261 и д. Scheu стр. 27 и д.

2 То се дејство бележи са изразом: *perpetuatur* или *repetua fit obligatio* и сл. L. 91. §. 3. D. de V. O. L. 58. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. in f. D. h. t. 22. 1. cf. L. 59. §. 5. D. mand. 17. 1., који се не односи на искључење застарелости. — Спорно питање: да ли то дејство отпада, ако се докаже, да би штета задесила повериоца и да је испуњење извршено на време? arg. L. 15. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. cf. L. 47. §. 6. D. de legat. I. В. места у not. I. Haenel dissensiones domin. pag. 138 sq. §. 23. Madai §. 46.. 48. Wolff §. 40. Vangerow §. 588. прим. 3. Sintenis §. 93. прим. 44. Savigny VI. стр. 184 и д. (§. 167. прим. 1.) Mommsen стр. 186 и д. Unger н. н. м. прим. 10. Windscheid §. 280. прим. 15. Решење тог питања утиче и на начело под not. f.

3 L. 32. §. 2. D. h. t. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. L. 2. Cod. depos. 4. 34. Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. Али и код завештања: L. 34. D. h. t. cf. L. 3. Cod. 2. 40. (41.) Pauli sent. III. 8. §. 4. Gai. II. §. 280., код обетовања (полицитације): L. 1. pr. D. de pollicit. 50. 12., и у другим случајима: L. 38. §. 8.. 16. D. h. t. 22. 1. Друкче по римском праву, по правилу код stricti iuris iudiciis, дакле нарочито код зајма. О данашњем праву в. §. 206. прим. 2. §. 210. прим. 2. 3. 5. Madai §. 52. Mommsen §. 24. — Од интереса доцње (*Verzugszinsen*), ваља разликовати парничне интересе (*Processzinsen*), који ваља накнадити од почетка парнице и кад не постоји доцња туженог. Savigny VI. стр. 121 и д. срав. са стр. 81 и д. Wächter II. стр. 298 р. II. За „неку врсту“ интереса доцње изјављује се Brinz 2. изд. §. 244. прим. 15. В. још горе §. 113. прим. 4 b.

4 Pauli sent. III. 8. §. 4. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur. L. 32. pr. D. h. t. Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius... scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti quam iuris. Срав. Mommsen §. 5.. 7. Brinz 2. изд. II. стр. 292 и д.

5 Изузеће по not. I.: а) кад је опомена услед осуства дужниковог немогућа, али у том случају мора постојати показана

волја за опоменом. Mommsen стр. 73 и д. Brinz §. 272. прим. 38.; б) кад је неко услед деликта (крађе или насиља) дошао до државине какве ствари, за кога се још од доба те државине сматра да је in motu; с) код завештања у корист пркава и благих задужбина. У тим се случајима вели: *mora ex re fieri* L. 32. pr. D. h. t. или по данашњој терминологији: *Lex interpellat pro homine*. Ту се могу рачунати и случаји законске обвеле плаћања интереса по §. 207. прим. 2 а. β. прим. 3 а. α. §. 208. прим. 2 а. arg. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 40. (41.) *In minorum persona re ipsa*, *ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis (in legato)*. L. 26. §. 1. D. de fideicomm. lib. 40. 5. Али в. L. 87. §. 1. D. de legat. II. Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi; quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25 annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. L. 5. Cod. de act. emti. 4. 49... cum usuris... quas... minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit. Свакојако дејство доцње у овим случајима ограничава се на поstanak обвеле плаћања интереса.

6 То правило, које је исказано у речима: *Dies interpellat homine*, и које су некада усвајала готово сви а и Византинац Стефан (Zacharia у Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. стр. 315), а нападао јако Schröter у његовом и Linde's Ztschr. IV. 5 VII. 3., бране и после тога као већ у римском праву основано многи н.пр. Thibaut у civ. Arch. VI. 2. XVI. 7. Madai §. 16.. 24. Vangerow §. 588. прим. 2. Но против тога су Wolff §. 27.. 29. Puchta §. 269. not. g. Sintenis §. 93. прим. 71., а и Mommsen §. 10. Што се тиче општег немачког права, то је једно решење ad dubia cameralia од год. 1595., које је остало непримећено у поменутим списима, решило „да се тога рачуна ab interpellatione hominis vel diei (в. Seuffert's Arch. VI. 163. срав. стр. 320 на крају). То решење истина није добило силу царев. закона, али опет даје ауторитативно сведочанство о правном схватању, које је у тадањој пракси владало и та је пракса остала стална све до најновијег времена. Mommsen §. 11. Seuffert's Arch. I. 332. VI. 163. X. 144. XI. 140. срав. XXV. 224. XXVIII. 97. 114. И поред тога противни су томе Windscheid у Heidelb. Ztschr. III. стр. 257 и д. Brinz Pand. 1. изд. стр. 551. 2. изд. §. 272. на крају, Rudorff уз Пухту н. н. м. Sintenis н. н. м. (3. изд. II. стр. 208 и д.). Овај последњи са примедбом, да та околност, да оно dubium camerale

није добило силу царев. зак. служи као потврда противног мњења. За обично мњење Windscheid Pand. §. 278. прим. 4. 5. и Unger прим. 6. Wächter II стр. 397 и д.

7 Inculpata mora, в. L. 9. §. 1. D. h. t. Спорно питање: да ли у ошите доцња (мора) претпоставља немар (кулпу)? Madaи §. 2. 13., Wolff §. 19.. 21. 23. (који за његову субјективну доцњу (мору) тражи чак да је *lata culpa*), Vangerow §. 588. прим. 1. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. стр. 264 и д. III. стр. 56 и д. Mans v. d. Mora. Fin Fragment. 1878. (о томе Hellmann у крит. Vjschr. XX. стр. 604 и д. Kniep у Jen. Litztg. 1878. № 8.). Против тога Schöman vom Schadenersatz II. стр. 10 и д. Puchta §. 269. not. b. Sintenis §. 93. прим. 50. Holzschuher 3. изд. III. стр. 258 и д. Waldberg die mora debit in ihrer Beziehung zur Culpa. 1878. Срав. Seuffert §. 245. not. 13. „Проста фактичка немогућност или каква друга неспособност сама за се не може служити као извињење, јер би иначе сваки лакомислен дужник или спекулант, који при примању обвезе не би мислио на то како ће испунити, могао на најлакши начин отклонити последице доцње. Овде може судија само онда од тих последица ослободити, кад се дужнику не може пребацити недостатак у пажњи и у ошите лакомисленост и немар, и кад се јасно види, да су га у испуњењу спречиле околности и односи, које по људској памети нити је могао предвидети нити спречити. Неиспуњење у таквим случајима вала сматрати као случај који је задесио повериоца“. Но ни услед изванредних и непредвиђених несрћених случајева изазвата неспособност плаћања не штити дужника од последица доцње. В. Brinz 2. изд. II. стр. 290 и д. Против тога опет Seuffert н. н. м. (3. изд.) с позивањем на места у not. o. Windscheid у Heidelb. krit. Ztschr. II. стр. 112. III. стр. 260. Pand. §. 277. прим. 9. Срав. још Brinz Pand. 1. изд. стр. 550. 2. изд. §. 271.: „Доцња (мора) је кривица (*Verschuldung*) и то нарочита врста... у роду кривица“. Unger прим. 7.. 9. Scheu стр. 14 и д. О интересу доцње после створења (nach erkanntem Concursprocesse) посебице в. Gerau у Linde's Ztschr. н. р. II. 7. Seuffert's Arch. XIII. 306.

7^a Brinz 2. изд. §. 253. стр. 176.: У том начелу не лежи „никакво изузеће (ексемција) лица или просто отклањање одговорности једног или неколицине... на против у место изузета имамо овде јаче везивање (*tiefer Verstrickung*) другог лица (оног који се одочио)...“

8 О природи те понуде, нарочито о разлици између obligatio verbalis и realis, в. Madaи §. 37..41. Wolff 31..36. Mom-

sen §. 15.. 18. Да је потребна oblatio rite facta спори „начелно“ Kohler н. н. м. стр. 400 и д. Scheu стр. 108 и д. 116. Против тога Brinz §. 274. на kraju и стр. 31.

9 Да је при томе нужна кривица повериочева (прим. 7.), и овде спори Mommsen стр. 134 и д. али држи да се мора претпоставити, да је непримању узрок воља повериочева. Срав. Sintenis прим. 50. на kraju, против тога Windscheid §. 345. прим. 8. и против њега Kohler н. н. м. стр. 409 и д. Brinz §. 275.: „шкодити самом себи није никаква кривица... али в. сада Scheu стр. 20 и д. и §. 11..16.

10 Другог је мњења Mommsen стр. 175 и д. срав. стр. 164. Али кад по L. 4. §. 2. cit. (not. v.) већ само утврђивање рока за пријем учинбе може да изазове доцњу (мору) — Mommsen стр. 174. — за што је друкче у оном случају када је одређено и време и место? Тим пре, што се у случају L. 4. §. 2. и онако прећутно подразумева, да је место учинбе определјено.

11 Brinz §. 274. разликује између престанка (Endigung) и прекидања (Aufhebung) доцње, према томе, да ли дејство исте престаје само за у будуће или престаје са свима њеним дејствима одмах с почетка.

§. 252.

с). Услед порицања или хотимичног неиспуњења. (Weigerung).

У извесним случајима дужника стиже та штета, што се осуђује на плати неколико пута више него што је дужан, за то што је покушао да порече обвезу или што није хтео да испуни учинбу или што је пустио да због тога дође до тужбе (§. 98. not. d.. f.).

Прим. 1 У Јуст. праву долазе овде ови случаји:

а) Порицање обвезе на суду, због кога је тужилац морао доказивати своју тражбину, повлачи за собом казну двоструке накнаде (*Lis insitiando crescit in duplum*): **α**) код обвезе на накнаду штете ex lege Aquilia, §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. L. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.; **β**) код туженик спори истинитост каквог писменог признања пријема (*Empfangsbekenntniss*), или кад спори истинитост самог пријема о коме је говор у таквом акту, Nov. 18. cap. 8. У оба случаја претпоставља се, да је истинитост тужилачког захтева доказано каквим другим доказним средством, а не по-

лагањем заклетве са стране тужиоца или неполагањем понуђене заклетве од стране туженика. L. 30. D. de iureiur. 12. 2. Nov. 18. cit.

b) Не само порицање, већ просто неиспуњавање до тужбе обвјеје на двоструко давање код завештава (легата) у корист благих задужбина. §. 19. 26. J. I. c. cf. L. 45. (46.) §. 7. Cod. de episcop. 1. 3.

c) И непопштено задржавање тзв. depositum miserabile повлачи за собом осуду на двогубо плаћање. §. 17. J. I. c. L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3.

d) То исто може наступити и у случају redhibitoria actio. L. 45. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 304. прим. 6.)

e) хотимично невраћање на судски позив повлачи за собом код actio quod metus causa осуду на четвороструко (четвртоно) давање. §. 25. 27. J. I. c. L. 14. §. 1. D. quod met. causa. 4. 2.

Овде не долази L. 23. Cod. de locato. 4. 65., за који је мешавином гледиште у §. 94. not. h.

2 Испртан историјски преглед ових случајева, а нарочито праве лите кресценце, повећања парничне вредности, дао је Rudorff у Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 9., и уз то в. Mayser у Ztschr. für Rtsgesch. II. стр. 311 и д. — У Јуст. праву „изгледа то увећавање као нека произвољна, без икаквих унутарњих начела одређена казна за одрицање, код које је само то неразумљиво, за што се са таквим истим правом не применљује и другим безбројним случајима“. — „О примени [њеној]... у општем приватном праву у толико постоји извесна сагласност, у колико се она тиче искључења conducti-je indebiti (срав. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 5. 27.) и удавања завештава ad pias causas, о удавању Аквилије није се никад дошло до општег споразума ни у теорији ни у пракси. Тако је исто и са порицањем задужника и признаници, које само поједина земаљска права казне са удвојеним плаћањем“. Rudorff н. н. м. стр. 476. 477. О разним мњењима в. још K. Sell Jahrb. II. стр. 245 и д. Sintenis §. 101. прим. 69. и д. Windscheid §. 263. прим. 15. Mandry Reichsges. стр. 179 (2. изд. стр. 255 и д.). — Четврна казна из тач. е. прим. 1. посигурно је данас без практичне вредности. Puchta §. 271. not. f. §. 385. not. e. В. још L. Seuffert Poenae temere litigantium у civ. Arch. LXVII. 9. стр. 323. и д.

§. 253.

3). Услед случаја.

Случај може какву облигацију са свим поништити (aufheben), кад је услед тога њено испуњење сасвим немогуће (§. 274.). Али може је тако исто и смањити, кад је услед њега немогуће испуњење облигације у предвиђеном обиму. И обратно. Предмет учинбе може се услед случајних околности увећати, causa rei или commodum rei, вишак (Zuwachs) rei^a. Разуме се, пре свега, по себи, да је онај који је у праву да тражи какву ствар, у праву да тражи, и све оне нове саставне делове (зависне акцесије), који би до испуњења придошли^b. Само се може створити питање о томе, да ли такво лице није дужно да, према приликама, прими на се и давање накнаде ономе, на чији је рачун добијена она увећана корист од ствари (§. 152). Но поверилац има право на такав вишак, који би тек доцније придошао уз првобитан предмет тражбине или на ону добит, која би отуда потекла, по правилу тек онда, и у толико, у колико би се главна ствар сматрала као већ његова^c, нарочито онда кад је стекао ствар, не бесплатно, већ на основу какве противучинбе^d, као што га, у тим случајима постиже и штета, услед случајног смањења или погоршања ствари, а за то се његова противучинба у ничем не смањује^e. У такве вишке спадају нарочито плодови, по одбитку трошкова око њихове производње, острво које би у реци постало спрам таквог непокретног добра и половина блага, које би се нашло у таквом непокрет. добру.^f Тако исто по

a) Dig. de usuris et fructibus et ... accessionibus ... 22. 1. de periculo et commode rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. b) §. 3. J. de emt. 3. 23. L. 7. pr. D. de peric. 18. 6. L. 16. D. de legat. III. cf. L. 4. D. de iure dot. 23. 3. c) L. 38. peric. 18. 6. L. 16. D. de legat. III. cf. L. 4. D. de iure dot. 23. 3. d) L. 7. §. 12. §. 1.. 5. 10.. 12. D. h. t. 22. 1. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 12. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. e) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. f) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. g) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. h) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. i) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. j) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. k) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. l) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. m) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. n) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. o) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. p) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. q) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. r) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. s) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. t) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. u) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. v) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. w) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. x) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. y) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. z) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. aa) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. bb) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. cc) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. dd) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ee) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ff) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. gg) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. hh) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ii) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. jj) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. kk) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ll) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. mm) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. nn) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. oo) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. pp) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. qq) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. rr) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ss) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. tt) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. uu) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. vv) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ww) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. xx) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. yy) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. zz) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. aa) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. bb) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. cc) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. dd) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ee) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ff) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. gg) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. hh) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ii) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. jj) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. kk) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ll) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. mm) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. nn) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. oo) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. pp) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. qq) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. rr) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. uu) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. vv) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ww) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. xx) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. yy) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. zz) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. aa) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. bb) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. cc) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. dd) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ee) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ff) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. gg) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. hh) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ii) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. jj) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. kk) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ll) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. mm) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. nn) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. oo) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. pp) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. qq) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. rr) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. uu) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. vv) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ww) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. xx) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. yy) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. zz) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. aa) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. bb) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. cc) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. dd) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ee) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ff) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. gg) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. hh) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ii) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. jj) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. kk) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ll) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. mm) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. nn) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. oo) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. pp) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. qq) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. rr) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. uu) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. vv) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ww) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. xx) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. yy) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. zz) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. aa) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. bb) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. cc) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. dd) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ee) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ff) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. gg) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. hh) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ii) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. jj) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. kk) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ll) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. mm) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. nn) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. oo) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. pp) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. qq) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. rr) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. uu) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. vv) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. ww) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. xx) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. yy) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. zz) L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. L. 11. D. sol. matt. 24

верилац може тражити за се и оне правне користи, које би изазвао онај исти случај, који је онемогућио, делимице или са свим, испуњење праве учинбе, као што је на њему да сноси ону штету, која би услед тога настала, без обзира на то, да ли је изазвата кривицом неког другог^e, или каквим правним послом са неким трећим.³ Ако би се какав праван посао, који је дужник закључио, могао сматрати као посао закључен за повериоца, то ће поверилац, свакојако, имати право, да себи присвоји и корист која је тиме постигнута^g, али само тако ако на се прими и опасност и штету, која би могла наступити.⁴

Прим. 1 У већини случајева бива тако, да онај који штету сноси, има право и на корист која би придошла, те тако се поставља правило: *Commodum eius esse debet, cuius periculum est.* §. 3. J. de emt. 23. 3. Но Mommsen Erörtr. aus dem Obligationenrecht. 1. Heft. Braunschweig 1859. доказао је убедљиво, да се то правило не може поставити као опште начело, нити је сношење periculum-а основ права на *commodum*, ма да се нека места (not. c. d.) у том смислу изражавају. Срав. Dworzak у Haimerl's Vierteljahrsschrift IV. Lit. стр. 25.. 37. Windscheid §. 327. Brinz 2. изд. §. 244.

2 О томе, какав је обим *commodum*-а на који поверилац има права в. Jhering Abh. № 1. „У којој мери мора, онај који има да даде какву ствар, да даде и добит њоме постигнуту?“ и Mommsen н. н. м. стр. 53.. 67. Ту је од пресудног значаја гледиште, да ли се добит постиже или даје услед саме ствари, а не само да ли је она производ вољне радње (*Willenstätigkeit*) онога који је добија. Тако се по римском праву, посебице, поред роба, који је био предмет тражбине, морало издати и све оно што би се преко тог роба стекло. L. 13. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. L. 38. §. 5. L. 39. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 45. pr. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 47. D. de iure dot. 23. 3. Даље, овде долази *pars adiudicata* као вишак уз делимичну сопственост над каквом ствари, кад је адјуикација изазвата тужбом за деобу (*Theilungsklage*), коју је

e §. 3 a. (3. i. f.) J. de emt. 3. 23. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 12. D. de act. emti. 19. 1. L. 14. §. 8. 9. 10. D. quod vi. 43. 24. L. 14. pr. D. de furt. 47. 2. f L. 21. D. de her. v. act. vend. 48. 4. L. 7. §. 13. D. commun. div. 10. 3. L. 13. §. 17. D. de act. emti. 19. 1. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. §. 47. L. 2. D. depos. 16. 3. L. 15. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 62. pr. eod. g L. 24. D. cit. cf. L. 17. D. de rei vind. 6. 1.

подигао један од сасопственика. L. 78. §. 4. D. eod. L. 13. §. 17. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 13. D. comm. div. 10. 3. Да ли овде спада и она половина нађеног блага, која неком припада као сопственику непокретности, у којој је нађено, спорно је. Puchta §. 272. III. стр. 110 и д. (4. изд.) спори повериоцу право на ону половину блага, које би дужник нашао још као сопственик, јер „посебно наређење, којим се природно право заузимача (окупанта) мења, не може се овде применити, за то што је његова претпоставка, да су заузимач и сопственик разна лица, а овде то није случај... Ту не постаје никаква тражбина на половину и по томе не може ни бити говора о њеном прелазу на повериоца“. Али такво је мињење само суптилно али не доследно, баш и са гледишта оног погрешног погледа, које му је основа: arg. L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. Jhering н. н. м. стр. 8. С тим се слажу и Rudorff уз Пухту н. н. м. прим. 3. Mommsen н. н. м. стр. 56 прим. 5. — Спорно је још и то, да ли овде поред природних плодова долазе и кирија или аренда? L. 13. §. 11. D. de act. emti. 19. 1. Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis: nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Против тога L. 23. §. 13, eod. Item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emtori praestabitur. Cf. L. 62. pr. D. de rei vind.. Nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur (§. 167. прим. 1.) L. 13. §. 1. D. commod. 13. 6. Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei), qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculum eius sit. Glück XVII. стр. 196 и д. Sintenis §. 101. прим. 89.: Puchta §. 272. not. е. и Предав. II. стр. 110., али против тога Rudorff тамо у прим. 2. Mommsen н. н. м. стр. 124.. 141.

3 Mommsen означава *commodum* у тим случајима са изразом „замењујући (stellvertretendes) *commodum*“ у противности према „акцесорном (пратежном) *commodum*-у“ (not. b. c. d.) — н. н. м. стр. 2, — а начела која отуда потичу развија на стр. 76.. 124. Под онај први појам долази и аренда (*Pachtgelder*) али не и кирија. (Miethgelder). Срав. стр. 125 и д. (срав. прим. 2. на крају).

4 О томе Mommsen н. н. м. стр. 111 и д. нарочито о питању, да ли повериоцу припада она сумма са којом је осигурана упронашћена или повређена ствар? стр. 16 и д. Lippmann у dogm. Jahrb. VII. 2. Seuffert's Arch. VI. 180.

V. ПРЕНАШАЊЕ ОБЛИГАЦИЈА. УСТУПАЊЕ (ЦЕСИЈА).

§. 254.

Кад какво имање као целина прелази на наследника §. 104.) или друге универзалне последнике (сукцесоре), онда може и какво дуговање на исте прећи, као оне који у опште представљају личност досадањег подмета имања. Али пренос какве облигације, само за се, као засебног имовног односа, сматра се у рим. праву за нешто што је противно самој природи њеној, јер је она заснована на личном односу између повериоца и дужника и кад би се тај однос прекинуо онда би се и облигација уништила. Истина је, да се облигација која постоји може укинути и на њено место створити нова облигација са истом садржином а у корист неког другог лица (путем препнова (новације), §. 268.), али је то онда нова облигација, и за то је нужна сарадња дужника, који би се новом повериоцу обвезао. Да се постигне циљ сваког преноса какве тражбине на ког другог, а да се не повреди горње гледиште и да се не тражи пристанак дужника, као што то потреба правног саобраћаја захтева, може се потпуно на тај начин, кад поверилац остварење (*Ausübung*) свог тражбеног права уступи том другом а на сопствену корист тог другог. Поверилац може да неког другог постави за *procurator-a in rem suam* (§. 112.) у погледу свог тражбеног права.² Може га овластити да у место њега учинбу (*Zahlung*) прими, а ако је потреба, да дужника у име његово тужбом на извршење нагна или другим каквим путем (путем експекције) тражбину оствари, с овлашћењем, дајући што има да се испуни за себе задржи и као са својим поступа, те да му на тај начин уступи (цедира) своју обвезу. Према томе, такво уступање тражбине према дужнику није ништа друго до уступање остварења (*Ausübung*) тражбине неком другом, а за сопствени рачун тог дру-

гог.³ Такав пуноважно изјављен пренос тражбине важи, и пре подизања уступљене тужбе, но може се произвољно опорећи, а на случај смрти заштићен је од пропадања тиме, што је ономе, коме је једном, пуноважним начином дато право остварења тражбине у сопствену корист, дата *utilis actio (suo nomine)*, која материјално има онакав исти резултат, какав би био, кад би формално тужио као *procurator in rem suam* и доспео до литис-контестације (опарничења).⁴ Како је тим начином, остварење тражбине у сопствену корист пренето на неког другог као право и како он са тим без обзира на досадањег повериоца располаже, то је управо тај једини који стварно има права на тражбину. Тражбина прелази у његово имање, онако како је до сада била у имању досадањег повериоца, те тако излази, да је цесија какве тражбине прави пренос тражбине на другог повериоца.⁵ Овај други поверилац зове се цесионар (*Cessionar*), поверилац који преноси цедент (*Cedent*), а дужник према коме је тражбина уступљена *debitor cessus*. У осталом може се уступити и облигација која није тужива.⁶

Уступању тражбине одговара примање дуга за неког другог. Разуме се по себи, да се у том случају досадањи дужник не може ослободити обвезе без пристанка повериоца, нити поверилац, док не да пристанак, има какво право тражбине према ономе који прима дуг, а кога све дотле досадањи дужник сам може ослободити од сваке обвезе, која би из примања дуга могла потећи. Но кад поверилац, изрично или прећутно, прими оног који се нуди за дужника на место прећашњег, онда је овај последњи ослобођен, а онај први ступа у његов облиг. однос.⁷

Прим. 1 Gai. II. §. 38. *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (sc. in iure cessionem vel mancipacionem) recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quo res corporales ad alium transferuntur, id*

efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. Cf. L. 25. §. 2. D. de usufr. 7. 1. Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel acquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad aliud transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.

2 Gai. I. c. in f. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. Cf. Gai. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia Lucius Titius (prc) Publio Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Numerium Negidium Públio Maevio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve.

3 Са тог је гледишта темељно обрадио овај наук Mühlenbruch d. L. v. d. Cession der Forderungsrechte. 1817., 3. изд. 1836. Уз то в. Puchta у Rtslex. II. стр. 636 . . 664. (Kl. Schr. Nr. 27.). Vangerow III. §. 574. до 576. Sintenis II. §. 102. Nr. II. и §. 128 A. Schmid die Grundlehren der Cession. Св. 1. „die Cessionsform“, 1863. Св. 2. „die Klagform“. 1866. (но о томе Bechmann у krit. Vjschr. X. стр. 187 . . 248). C. Karsten die singirte Cession, 1874. (о томе Exner у Wiener Ztschr. II. стр. 614 и д. Schwanert у Jen. Ltztg. 1875. Nr. 2. F. Hofmann у krit. Vjschr. XVIII. стр. 512 и д. Karsten Beitr. z. röm.-rechtl. Lehre d. Cession zur Ergänzung d. Frage v. d. sing. Cession, у dogm. Jahrb. XVII. стр. 222 и д. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 80 . . 85. Историјски развитак цесије у римском праву описао је KrasnopolSKI у Einl. in d. L. v. d. Cession der Forderungen nach österr. Recht. 1872. (штампано као рукопис). В. и Eisele Cognitum und Procuratur. 1881. стр. 113 и д. 242 и д.

4 „Ту је стечник био толико колико и поверилац“. Brinz 2. изд. II. стр. 339. Најстарији траг таквих utiles actiones имамо у речима L-a 16. pr. D. 2. 14.: „rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas“. Cf. L. 2. §. 8. D. h. t. 18. 4. Даљу примену њихову в. а) L. 1. Cod. 4. 10. (Gordian.) Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas; et antequam eo nomine item contestareris, sine herede creditorem fati-

munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. Cf. L. 33. Cod. de donat. 8. 53. (54.) b) L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. (Valer. et Gallien.) Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est. Њихов однос према mandata actio: c) L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (Dioclet. et Max.) Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratori (procuratore) facto, vel utilis, secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. L. 9. cod. Certi et indubitati juris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cf. α) L. 5. Cod. 4. 15. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recte utetur L. 18. Cod. de legatis 6. 37. β) L. 5. Cod. h. t. 4. 39. (Alexander.) Emotor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuerit. Cf. L. 55. D. de procurat. 3. 3. Према томе utilis actio давала се 1) ономе, који је доиста добио mandatum ad agendum in rem suam, да би се заштитио од могуће штете, која би за њега могла настати (а. с.), кад би само оно гледиште било меродавно, и то сигурно са никаквог другог разлога већ са тог, што се мандат сматрао као дефинитивно уступање права потраживања. Са тог истог разлога давала се таква иста тужба 2) и онда, кад истина таквог мандата ad agendum није било, али је ту какав праван посао, који циља на такав пренос каквог права потраживања, који би одмах дејствовао, те је тако појам уступања (цесије) тражбине помакнут ван граница оног ограниченијег гледишта. Срав. Mühlenbruch §. 16. Windscheid die Actio des römischen Civilrechts. стр. 120 и д., даље Bähr zur Cessionslehre у dogmat. Jahrb. I. стр. 362 и д., но против обојице Muther z. Lehre v. der Actio стр. 135 и д. 145 и д. 168 и д., а против овог опет Windscheid Abwehr стр. 55 и д. Pand. §. 329. прим. б. В. још KrasnopolSKI стр. 15 и д. §. 4 . . 7.

5 Seuffert Pand. §. 297. „Тражбине... могу путем куповине, промене, поклона, поравнања и т. д. прелазити од првобитног повериоца на какво друго лице и то не тако, да се цео задужни однос (Schuldverhältniss) ниши, и са другим новим замењује, као код преноса (новације), већ тако, да првобитна тражбина и даље постоји само са промењеним повериоцем“; и тамо

прим. 4. „Истина је, да се уступање (цесија) и по најновијем римском праву сматра само као овлашћење вршења туђе тражбине у сопствену корист... али по данашњем правном схватању пренешена је тражбина тако исто у сопствености цесионара, као што је у сопствености стечника каква телесна ствар, која му је уступљена“. Срав. Brinz кр. Bl. 2. стр. 34. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (срав. прим. 7.) стр. 8 и д. Windscheid у krit. Ueberschau I. стр. 27 и д. Wächter II. стр. 470 и д. налази да је противно мњење, „непојамна пристрасност према једностралом схватању старог римског права“. Новије правно схватање избило је у ствари, у свима његовим практичним последицама, већ и у римском праву, а Јустинијан му даје јасног израза и у речима, јер у L. 23. Cod. mand. 4. 35. вели: „ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem (Krüg: creditores)“, и „partem autem donationis titulo transferre“, а даље опет „totum debitum donare et per donationem actiones transferre“, (срав. и L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. „si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre). Што се цесионар означава као procurator in rem suam то се тим неће да каже ништа друго до то, да је то баш досадања тражбина ћедента са истом садржином и истим ограничењима, што је цесионар, други поверилац остварује, који у ствари није никакав заступник досадањег повериоца (L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3.), и који и по римском праву већ ни формално не мора да подиже тужбу као procurator i. r. s. (прим. 4) B. Brinz Pand. 1. изд. §. 130. 2. изд. §. 284. на крају). Windscheid и Bähr н. н. м. Krasnopoljski §. 8. При свем том се води врло живали не у тој мери и корисна препирка око тога, да ли по новијем римском праву или бар по данашњем праву има сингуларне сукцесије код права тражбине и узалудно се покушало, да се тај спор прекине измишљањем неког новог појма о паобligацијама (Zweigobligationem). Kuntze die Obligation стр. 267 и д., 331 и д., 342 и д. B. Kuntze у Holzschuher-a 3. изд. III. стр. 151 и д. Excuse стр. 463 (2. изд. 533 и д.) Са гледишта сингуларне сукцесије у тражбини расправља науч о пренашању (цесији) Windscheid II. §. 329.. 336. (в. уз то §. 337. „пренашање стварних потраживања (Ansprüche), §. 112. горе), Förster preuss. Privatr. I. §. 99. стр. 604.. 643. Dernburg н. н. м.

⁶ Срав. d'Avis и Arndts у Linde's Ztschr. u. F. X. 5. civ. Schr. I. 26.). Vangerow §. 574. прим. 2. Против тога Schmid н. н. м. I. стр. 54 и д. и Schwanert Naturalobl. стр. 176 и д., први за то, што се строго придржава гледишта mandatum ad

agendum, а други за то, што у naturalis obligatio не види баш никакав моменат права, те тако неће да зна ни о каквом преносу права, неке природне тражбине (Naturalforderung) — в. горе §. 217. — ма да се иначе у резултату (стр. 184 и д.) потпуно слаже са оним што је извођено у Linde's Ztschr. н. н. м. стр. 122 и д. А то је: да уступање или пренашање какве тзв. природне тражбине не даје цесионару ни право компензације (осим према првобитном дугу ћедента) ни тужбу која има дејства, али да иначе, у свим другим правцима, може да цесионара постави у такав положај, као да је сад дужник њему обвезан naturaliter. Windscheid §. 337. примедба 16., на против, спори цесионару право компензације само онда, кад је пренос извршен у злу намери, да се дужник општи.

7 По римском праву то је дејство наступало само услед стипулације или литисконtestације (§. 112. 268. 271.). У данашњем праву, по коме је у опште призната важност уговорима без прописане форме (formlose Verträge), довољна је ма каква изјава пристанка од стране повериоца. Но каква је правна природа целог тог односа о томе постоје разна мњења. Срав. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuss. Rechte. 1853. Windscheid die Singularsuccession in Obligationen, у Ueberschau I. стр. 27.. 46., Actio стр. 202 и д. Kuntze die Obl., стр. 304 и д., Bähr dogmat. Jahrb. VI. стр. 170 и д. и civ. Arch. LXVII. 5. Срав. bayer. Entw. II. Art. 159.. 163. и о томе Lang Kritik II. стр. 107 и д. Arndts у kr. Vjschr. V. стр. 324. (civ. Schr. III. стр. 520 и д.) и понова Zaun у prakt. Arch. н. р. I. од. II. IV. стр. 11 и д. 113 и д. („zur L. v. d. fingirten Cession, der Stellvertretung, der Verträge zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme“). Gürgens die Singularsuccession in d. Schuld, у dogm. Jahrb. VIII. 8. Windscheid Pand. §. 338.. 340. („Sondernachfolge in die Schuld“), Förster н. н. м. I. §. 102. Stobbe Handb. III. §. 181. Dernburg II. §. 65. Regelberger у civ. Arch. LXVII. 1. стр. 1. и д. A. Menzel у Wiener Ztschr. XI. 13. 14. стр. 581 и д. 655 и д. Rochol Rechtsf. aus der Praxis d. Reichsgerichts I. 7. стр. 132 и д. Срав. и E. Danz die delegatio nominis und delegatio debiti eine Forderungs- und Schuldüberweisung, у dogm. Jahrb. XIX. 3. стр. 69 и д. Dernburg Pand. II. §. 53.

§. 255.

А. Услови цесије.

Цесија бива изјавом воље повериоца, по којој се неком другом даје овлашћење, да тражбину као своју у своју сопствену корист оствари. За то, по правилу, не треба никакве особите форме, па ни изричног давања овлашћења на подизање тужбе. Битно је само изјављена намера, да се неком другом просто уступа потпуно вршење какве тражбине и то као право тог другог.¹ Али ако би праван посао, којим се врши цесија, по његовој особитој природи, захтевао нарочиту форму, као што је то н.пр. случај код поклона (§. 81.), то важност цесије зависи од испуњења те форме. У опште сви они правни прописи који би важили о каквом правном послу извесне врсте, морају се применити и у случају цесије на основу таквог правног посла. Праван посао на основу кога бива цесија може бити разан према разној природи побуде (*Bestimmungsgrundes*), са које поверилац своје потраживање неком другом уступа, т.ј. према разној природи *causa-e cessionis*. Тих *causa* може бити онолико исто колико може бити основа за уступање каквог имовног права у опште.² Посебице, она може бити и у неком претходном правном послу, који је поверилац добровољно (*freiwillig*) закључио а може то бити и каква од његове воље независна правом прописана обвеза на цесију, уступање тражбине.³ Ако би била таква обвеза, то се по потреби испуњење њено може тражити и тужбом и у том се случају пресудом и против воље осуђеног повериоца преноси тражбина на тужиоца као цесионара.^{3a} А има случајева, у којима се на основу простог правног наређења (и без пресуде) уступа тужба (*utilis actio*) оному, који би имао правно основану тражбину на уступање тражбине, а са истим дејством, као кад би му била уступљена по вољи повериочевој.⁴

У осталом, могу се усупити и то у напред тражбина или тужба, којој још не би дошао рок, или која би била условљена или чак она, која би била још неизвесна^a. Пристанак дужника није у сваком случају потребан^b. Али, у сваком случају, на цесионара се преноси само тражбина т.ј. правно потраживање повериочево, онакво какво би га он сам могао остварити н.пр. *actio mandati, pro socio, locati*, а не и онај облигациони однос, из кога она потиче.⁵

Прим. 1 Н.пр. продаја, L. 1. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 5. 7. 8. 9. Cod. h. t. 4. 39. (да ли купац има одмах право на тражбину и онда, кад куповна цена није положена или је дата на почек? Puchta у Rtslex. стр. 640 и д., срав. Müllenbruch §. 45. стр. 456); *datio in solutum*, L. 5. Cod. quando fiscus. 4. 15. cf. L. 3. Cod. de novat. 8. 41. (42.); *dotis datio*, L. 2. Cod. cit. L. 49. pr. D. sol. matr. 24. 3.; поклон, L. 2. 33. Cod. de donat. 8. 53. (54.); па и завештање, у колико би тестатор легатару непосредно уступио неку тражбину која му припада, L. 18. Cod. de legat. 6. 37. *Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.* (Cf. L. 44. §. 6. L. 105. D. de legat. I., §. 558. 560. прим. 1. §. 576.) Срав. §. 254. прим. 4. Windscheid стр. 126. 200. Schmid и. н. м. §. 21. стр. 195..217. срав. стр. 31. Последњи набраја горе наведене случаје као оне, у којима је претпоставка (фикција) цесије (уступања) везана за околности (*Thatumstände*), које на то обвезују (прим. 4.), осим поклона (§. 22.), код кога се по L-у 33. cit. претпоставља прави *mandatum ad agendum*, па да обдарени може тужити *utilis actione*. Но побројани правни послови имају моћ произвођења *utilis actio* за то, што се тиме, осим случаја кад постоји ограда, која упућује на неку тек будућу цесију, показује воља стварног (фактичног) уступања, те тако није нужно, да се разбира још о неком изричном *mandatum*-у *ad agendum* (§. 254. прим. 4.). А што пре Јустинијана, исто дејство није било везано и за поклон какве тражбине, то се даје објаснити ограничавајућим одредбама старијег права о перфекцији поклона, које је тек Јустинијан потпуно укинуо (§. 81. прим. 1.). По L. 33. не може бити никакве сумње, да је за потпуну цесију довољно, кад поверилац у

a L. 17. 19. D. h. t. 18. 4. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1. b L. 3. Cod. h. t. 4. 39. L. 4. Cod. de novat. 8. 41. (42.)

опште изјави, да поклања тражбину („actiones... donatas transferri, licet nulla contestatio vel facta vel petita sit“). Дејство залагања какве тражбине вала оцењивати са других гледишта: L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16. (17.). Срав. §. 382. О истицању правних недостатака цесије од стране дужника, а посебице о приговору симулације в. Regelsberger у civ. Arch. LXIII. 8. стр. 157 и д.

2 Тако се разликује *venditionis* и *donationis titulo cedere* или *transferre actionem* или *debitum „per coloratam cedere donationem“*, L. 2. 33. Cod. de donat. L. 23. pr. Cod. mandati 4. 35. (в. §. 254. прим. 5.), као и: *solutionis causa mandare actiones*. L. 3. Cod. de novat. 8. 41. (42.). Срав. §. 80. прим. 2. §. 233. прим. 2. 3. Causa стоји према цесији, којој је циљ уступање вршења поверилачког или тужилачког права, у онаквом односу, у каквом стоји према традицији, којој је смештје пренос сопствености над каквом ствари (§. 145.). Stempel über die Justa Causa bei der Tradition, стр. 45 и д. срав. Schmid §. 7. стр. 30 и д. Karlowa Rechtsgeschäft стр. 270 и д.

3 Ту обвезу на уступање (цесију) вала разликовати од саме цесије, као што се разликује и обвеза на предају (традицију) какве ствари или на постављање каквог стварног права од праве предаје (традиције) или правог постављања, и једно поред другог иду и пр. поклон у путу традиције (предаје) и цесије (уступања) и поклон у виду обећања какве ствари и у виду будућег уступања какве тражбине. У осталом, према томе, да ли је цесија заснована на слободној вољи цедента или је наступила на основу правне пужности, обичај је да се у данашњем називљу (терминологији) разликују *cessio voluntaria* и *necessaria*. Међу тим *necessaria* је у ствари и цесија, која је обећана на основу добровољно примљене обвезе, јер испуњење такве обвезе није више ствар добре воље дотичног. Срав. у опште и посебице за поједине примере законске обвезе на цесију (уступање): Mühlenbruch §. 36. и д. Schmid н. н. м. §. 23. и д.

3^a О уступању заложених новчаних тражбина повериоцу в. R. Civ. Pr. O. §. 736. и д. Mandry Reichsges. стр. 308 (2. изд. стр. 413 и д.). Уз то Bähr у krit. Vjschr. XXV. стр. 551 и д.

4 О тим случајима в. Mühlenbruch §. 43. и д. Ту је случај преласка права тражбине на неког другог на основу правног прописа тзв. *cessio legis*. Тако и Regelsberger у civ. Arch. LXIII. стр. 158 и д., само што он, баш зато што је овде прелаз а не пренос тражбине, ове случаје и не рачуна у случаје цесије. Особина ових случајева је у томе, што код њих има одмах места тражбеној тужби (*Forderungsklage*) против дужника и што само

према њему вала доказати законски прелаз тражбине на тужиоца, док се у другим случајима обвеле на цесију мора прво подизати тужба за уступање тражбене тужбе, па се тек после тога уступање, у случају потребе и одрицања, замењује судским решењем. Не може се држати и неосновано је мињење, по коме у свима случајима, у којима постоји обвела на цесију (уступање), а у којима уступање не би било извршено, вала узети, да је цесија одмах и по себи извршена, а ономе који има права на исту, дати *utilis actio* против дужника. Mühlenbruch н. н. м. Windscheid die Actio стр. 194 и д. Pand. §. 330. прим. 12. Bähr у dogmat. Jahrb. I. стр. 399 и д. F. Zimmermann у Linde's Zeitschr. н. F. XV. стр. 102 и д. Schmid н. н. м. §. 19. стр. 187. Овај последњи има право, кад на стр. 218 тврди, да обећање поклањања коме је садржина уступање какве тражбине, тим самим не оснива *utilis actio* (противно Savigny-у Syst. IV. стр. 125. 137.), али нема право кад тврди, да изјављен поклон тражбине још није права цесија (уступање) (прим. 2.). Срав. још Schollmeuer.

5 Примена овог правила и код најамног односа (Miethverhältniss)? L. 32. D. locati. 19. 2. L. 58. eod. L. 53. pr. D. de act. emti. 19. 1. Mühlenbruch §. 27. Glück XVIII. стр. 26 и д.

В. Дејство цесије.

§. 256.

Дејство цесије одређује се према двојаком гледишту. С једне стране, према томе, да је то тражбина цедентова, чије је извршење уступљено цесионару и с друге стране, према томе, да је то извршење уступљено овом последњем као право и то у његову сопствену корист.

Према овом последњем гледишту, уступљену тражбину вала сматрати као саставан део цесионарова имања^a, са којом према томе он и располаже^b, и коју по томе може и уступити даље неком трећем. Но тражбина је изашла испод власти цедента тек онда потпуно, када је дужнику саопштена цесија.¹ Иначе је све

^a L. 23. §. 1. D. h. t. 18. 4. ^b L. 13. 16. D. de pact. 2. 14. L. 17. §. 3. L. 18. D. de jurefir. 12. 2.

дотле дужник у праву, да цедента сматра као свог пра-
вог повериоца.² С тога он може овоме потпуно пуноважно учинити исплату, са истим ступати пуноважно у разне правне послове који се тичу тражбине³, признавати као пуноважне остале његове наредбе у погледу тражбине, а нарочито пуноважно платити неком новом цесионару, на основу по први пут учињеног му вероватног саопштења о другој цесији.⁴ Но ако је дужник о извршеној цесији како ваља извештен, онда он не може више цеденту пуноважно, нити иначе правним пословима доводити у питање тражбину,⁴ а с друге стране је заштићен од његових потраживања приговором (ексцепцијом) цесије⁵. У сваком случају на дужнику је обвеза, да само једну тражбину и то ону цедентову плати. С тога има право на осигурање од опасности, да га због исте тражбине тужи још који, било сам првобитни поверилац или који други цесионар. А ако је право тражбине између више њих спорно може пустити да они сами међу собом пречисте спор парницима коју ће повести, а према приликама може се ослободити своје обвезе полагањем спорног предмета суду.⁶

Из првог гледишта потиче то, да цесионар може остварити тражбину потпуно онако, и само онако, како је припадала цеденту.⁶ С једне стране, дакле, са користима, које су ишли уз њу⁷, па и онда, када би се оснивале на каквом особитом праву⁷ цедента⁸. С друге стране опет, са ограничењима, дакле посебице и са припуштањем приговора,⁸ који би стојали према самом цеденту као повериоцу⁹, под предпоставком да су правно засновани пре саопштења (*Kundgebung*) о извршеној це-

с L. 3. Cod. de novat. §. 41. (42.) cf. L. 17. D. de transact. 2. 15. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16. (17.) d L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 27. i. f. D. de procurat. 3. 3. e L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (§. 254. прим. 4. c.) f L. 23. pr. D. h. t. 18. 4. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 14. Cod. de fideiuss. 8. 40. (41.) cf. L. 6. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3. g L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. L. 43. D. de usur. 22. 1. L. 2. Cod. de his qui in prior. cred. loc. 8. 18. (19.) h arg. L. 72. (70.) §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1 L. 17. D. de transact. 2. 15. cf. L. 175. §. 4. L. 177. D. de R. J.

сији¹. Особена лична права цесионара не могу мењати садржину и дејство тражбине у његову корист, и ако му таква права могу бити од користи, у колико би се тицала њеног извршења.⁹

Прим. 1 У почетку је то дејство наступало тек услед липис контестације цесионара са debtorом cessus-ом, на основу које је онај први постојао dominus litis. Кад је уведена utilis actio и тиме одузета могућност случајног (allfälligen) престанка mandatum-a ad agendum, то је дејство наступало већ са саопштењем о извршеној цесији. Срав. a) L. 17. D. de transact. 2. 15. (Papinian). Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit; si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. b) L. 3. Cod. de novat. 8. 41. (42.) (Gordian.) Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis (Hal. litem) contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. §. 1. Quodsi delegatione facta iure novationis tuliberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet etc. С тим се слаже и с) L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16. (17.) (Imp. Alexander)... ille, cuius nomen tibi pignori datum est (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus), utilibus actionibus satis tibi facere... compelletur, quatenus tamen ipse debet, који дејство залагања какве тражбине опредељује у томе, што и заложни поверилац добија право да тужи за тражбину utili actione, али тако исто полаже на то, да ли је дужник о томе био извештен (de obligatione tua). Schmid I. стр. 115 и д. Питање је сад, на који се начин мора дужник известити о цесији? По једном мњењу захтева се саопштење од стране цесионара (*denuntiatio*), које се кад овај од дужника прими нешто као делимично плаћање (*Theilzahlung*) претпоставља или још боље већ у самом том факту и састоји (в. нарочито Mussel у Linde's Zeitschr. u. F. XII. 12. Wächter II. стр. 409.). То је квалифицирано као нека врста заузимања (*Inbesitznahme*) тражбине, услед кога тек прелази тражбина дефинитивно на цесионара, онако као што сопственост прелази услед традиције (*Windscheid*

i arg. L. 17. cit. (not. c. d.).

die Actio стр. 114 и д. срв. Pand. §. 331. прим. 7. 9.). Против овог последњег схватања изјаснили су се одмах како Muther Actio стр. 171 и д. тако и Bähr у dogm. Jahrb. I. стр. 426, ма да се иначе битно међу собом разликују, јер први налази, да је цесионар само онда осигуран кад сам изврши потребно саопштење, а други мисли, да је за то довољно, кад дужник сазна о томе и на који други начин. За прво изгледа као да говоре L. 4. и L. 3. cit., а то исто поново тврди и брани Knöll у civ. Arch. XLII. стр. 312 и д. срв. XLVI. 3. Windscheid н. н. м. Али L. 17. cit. претпоставља, да се искључи такво дејство, у опште ignorantijу дужника и била би само доскочица по нужди (Nothbehelf), кад би се у томе гледало (ко што то чине Puchta у Rtslex. стр. 655. Knöll н. н. м. XLII. стр. 319 и д. и др.) само једно изузеће за извесне случаје. Тако исто, с друге стране, било би неоправдано, кад би се (ко што то чине Musset и Muther) при томе помишљало само на случај, кад дужника није известио цесионар, нарочито онда, када се (ко што чини Muther) овде све положе на dolus дужника. Тако исто сасвим се може и тако узети, да се у L. 4. cit. спомиње као нешто обично саопштење о извршеном залагању тражбине баш од стране самог повериоца („a te“), а L. 3. cit. ваља може бити тако разумети, да не говори о nominis in solutum datio у правом смислу већ о случају кад је какав дужник уступио своме повериоцу какву тужбу само у том смеру, да га примањем плаћања намири за његову тражбину. А да и саопштење од стране цедента (уступника), који у томе погледу може важити и као заступник цесионара, може имати поменуто дејство, о томе имамо један доказ и у L. 27. i. f. D. de procurat. 3. 3. Mühlensbruch стр. 493 и д. Kuntze уз Holzschuher-a 3. изд. III. стр. 154 и д. Срв. Seuffert's Arch. III. 156. VI. 25. XII. 338. XIII. 91. XV. 120. срв. VII. 301. Ближе одредбе у том правцу има Preuss. Landr. I. 11. §. 414.. 419., где се с правом одсудна важност даје поглавито саопштењу цедента. Förster н. н. м. 2. изд. I. стр. 641 и д. Аустр. грађ. зак. §. 1395. 1396. положе само на то важност, да ли је дужнику био познат пријемник (Uebernehmer) тражбине. О новијим пројектима в. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. стр. 98 и д. и Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 321 (civ. Schr. III. стр. 517 и д.).

2 Мњење које влада то је, да цедент све до саопштења о извршеној цесији задржава право тражбине, још остаје поверилац и то уче чак и они, који цесионару дају праву сингуларну сукцецију у погледу тражбине. Windscheid §. 331. прим. 8. види у томе, што за то време (einstweilen) припада тужба како цесионару тако и цеденту, прави кореални однос, само што је ту у власти

цесионара, да тај однос прекине и да постане јединим повериоцем. Тада се најк поглавито наслења на речи „*non vetaris*“ у L. 3. Cod. cit. (прим. 1. б.). Против тога Bähr н. н. м. стр. 369 и д. 378 и д. Schmid II. стр. 211 и д. 296 и д. 435. Salpius Novation und Delegation. стр. 419 и д. Brinz 2. изд. II. стр. 394 и прим. 11. срв. Förster н. н. м.

3 На питање, ко од поверилаца, којима је у разно доба једна иста тражбина цедирала, има првенство, одговор је разан према значењу, које се даје делегацији (прим. 1. 2.). Срв. с једне стране Musset и Windscheid н. н. м. с друге стране, Schäffer у Arch. f. prakt. Rtslw. I. 23. св. 3. стр. 149 и д. III. 18. стр. 403 и д. Bähr н. н. м. стр. 435 и д. Schmid II. стр. 297 и д. и Dernburg Pfandr. I. стр. 472. Vangerow §. 575. прим. 4. и против тога опет Knöll у civ. Arch. XLII. 15. Knor, а са њиме и Sintenis, противно свом ранијем мњењу, у 2. и 3. изд. II. §. 128. прим. 77., даје првенство оном, који је први саопштио дужнику цесију. Срв. и Holzschuher и Kuntze н. н. м. стр. 155 и д. Windscheid на против, повлачи натраг то мњење, које је и сам некад бранио у Pand. §. 331. прим. 10., са разлога, што цедент не може на другог цесионара пренети више права него што га и сам у том тренутку још има, а то се опет састоји само у праву поверилачком, које први цесионар може осујетити саопштењем цесије дужнику, а не и у праву другог цесионара да саопштењем цесије дужнику искључи првог цесионара. Срв. Förster стр. 639. 642. У сваком случају дужник који не би знао ништа о цесији ослобађа се од своје обвезе плаћањем доцнијем цесионару, као када би плаћао самом цеденту. Срв. Seuffert's Arch. VIII. 248. XIII. 246. XVII. 27.

4 Противно мњењу које влада, које бар денунцијацији приписује горе назначена дејства, тврди Muther н. н. м. §. 63. 64., да дужник може поништити обвезу и доцнијим плаћањем цеденту, па и остale либераторне (ослобађајуће) правне послове пуноважно с њиме предузимати и да цесионару само ex dolo одговара, ако овај не би могао да се од цедента наплати (arg. L. 2, §. 5. D. h. t. 18. 4. срв. oa L. 6. de dolo. 4. 3.), услед чега се и сам Windscheid, у колико се тиче римског права, почео колебати у свом мњењу (die Actio, Abwehr gegen Muther стр. 79). Међу тим, мора се признати, да је по рим. праву облигација престајала ipso iure услед таквог плаћања, а код verborum obligatio да је акцептилизација од стране цедента управо једино и могућа била. Али ај на супрот местима у прим. 1. мора се рећи, да нема довољно основа да се тврди, да дужник одговара цесионару само in subsidium, јер

L. 2. §. 5. cit. не спомиње извршену денунцијацију, а код *actio emti* има јој места према купцу наслеђа и у том случају, а на послетку, има случајева цесије, у којима и нема места уговорној тужби (*Contractsklage*) према цеденту. Осим тога b) није основано, тражити *in integrum restitutio* (дакле, пазећи на рок за реституцију) у случају губитка *mandata-e actio*, шта више доследно је, да се цесионару против дужника даде *utilis actio*, како у случају изричног, тако и у случају фактичног повлачења мандата услед примања плаћања. А у том случају изашло би то, да се плаћањем и т. д. поништила само *nuda juris civilis obligatio*, а материјална би тражбина остала и даље у целости: срв. L. 27. in f. D. de procurat. 3. 3. Срв. сад и Windscheid Pand. §. 331. прим. 8. на крају.

5 Практичне примедбе у томе погледу налазе се у расправи Bähr-овој н. н. м. стр. 450 и д., (срв. са стр. 358. 359.), срв. Windscheid §. 334., а против тога опет Sintenis §. 128. прим. 1. 77. 100.

6 Carlin Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. 1882. стр. 6 и д. Аустр. грађ. зак. §. 1394: „Права пријемника у погледу уступљене тражбине једнаке су са правима преносиоца њеног“. — С правом примећује Bähr die Anerkennung стр. 180, 2. изд. стр. 197 и д.: „Цесија је још и у данашњем праву према дужнику задржала у главном карактер *mandatum-a ad agendum*, и та се мисао не може напустити без знатних тешкоћа, а нарочито без велике опасности по дужнику“, а у dogm. Jahrb. I. стр. 445 изјављује: „да је потпуно умесно, кад се као Миленбрух начелно пође од тога, да *utilis actio* не даје цесионару никакво веће право но што би му дала *actio mandata* према дужнику и да се према томе, још по данашњем праву, може рећи: према дужнику је цесионар процесуални заступник цедента, ма да „самосталан положај цесионара према цеденту утиче у неколико и на његов однос према *debitor-y cessus-y*“. Vangerow 7. изд. III. стр. 105, против тога Windscheid §. 329. прим. 10. на крају. — О цесији код кореал. обл. (L. 82. §. 5. D. de legat. I. L. 13. pr. D. de legat. II.) срв. Fritz y Linde's Zeitschr. n. F. XIX. стр. 63 и д. Baron Gesammtrechtsverhältnisse стр. 235. 319. 332. 384.

7 Спорно је: да ли у L. 43. cit. (not.g.) ваља читати *petere posse* или *petere non posse*? в. Mühlenbruch стр. 581, № 122.; Vangerow §. 575. прим. 2. III. стр. 118 и д. Даље, у колико је *privilegium exigendi personae* цедента од користи цесионару? Mühlenbruch стр. 555 и д., 566 и д. Puchta у Rtslex. стр. 657. Vangerow III. §. 575. прим. 2. L. 68. D. de R. J. L. 42. D. de

adm. tut. 26. 7. Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit: in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Срв. Windscheid Actio стр. 186 и д. Pand. §. 322. прим. 9. и д. Не односи се на то већ на привилеговано заложно право L. 7. Cod. de priv. fisci. 7. 73. — Срв. Preuss. Landr. I. 11. §. 403. „Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über“. §. 404. „Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers, zukommen; nicht aber blosse persönliche Befugnisse, welche, wie die Vorrechte des Fiscus wegen des Gerichtsstandes und der Sportelfreiheit, bloss bei Gelegenheit der cedirten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden konnten“.

8 Важи a) за *exceptio doli*? Спори још Mühlenbruch у 2. изд. стр. 568 и д., у колико долус цедента не би био у непосредној вези са основом тражбеног права или би цесионар добио тражбину *ex causa lucrativa* arg. L. 4. §. 17. 28. 29. D. de doli m. exc. 44. 4. (с чиме срв. Gai. II. 34. 35. III. 85.). Другаче исти у 3. изд. стр. 593 и д. срв. Vangerow §. 575. прим. 1. стр. 115 и д. b) за *exceptio pacti de non petendo in personam*? И то је спорио Mühlenbruch још у 2. изд., противно томе у 3. изд. стр. 599. с) за приговор компетенце (животне потребе)? За случајеве у §. 225. прим. 3. споре Mühlenbruch стр. 591. Puchta у Rtslex. стр. 662; против тога Vangerow §. 575. прим. 1. на крају; d) за обичне процесуалне приговоре? Против тога Vangerow н. н. м. и др.; срв. у опште још Francke у civ. Arch. XVI. 15. и Windscheid н. н. м. стр. 181 и д. Pand. §. 332. прим. 1. и д. e) дужник се одређао приговора: прећутно у случају присуности његове приликом цесије? „По себи се може то дејство пријати његовој присуности само онда, кад би његово ћутање без тога важило као превара“. Puchta Vorles. II. §. 284. на крају; f) има места противтужби (*Wiederklage*) цесионара на основу каквог права према цеденту? L. 33. §. 3.. L. 35. pr. L. 70. D. de procurat. 3. 3? Mühlenbruch §. 62. Puchta у Rtslex. стр. 663. О томе, да цесија која по закону наступа има јачег дејства у рукама цесионара но у цедента (искључена компензација кулпе): в. Regelsberger у civ. Arch. LXIII. 8. II. стр. 200 и д. Срв. F. Zimmermann über die dem Schuldner gegen den Cessionar zustehenden Einwendungen, у Bödicker's Mag. IV. стр. 317.. 367.

9 Изузеће за фискус (државну благајну), по L. 6. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 17. §. 6. D. de usur. 22. 1? Mühlenbruch §. 58. Puchta н. н. м. стр. 660 и д. Vangerow §. 575. прим. 2. на крају. Срав. Preuss. Landr. I. 11. §. 405. „Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner so wenig als gegen die übrigen Gläubiger desselben bedienen.“ §. 406. „Es kommen also auch dem Fiscus, Kirchen, milden Stiftungen und anderen privilegierten moralischen Personen, welche von anderen Privatpersonen Forderungen an sich lösen, in Ansehung derselben diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen.“

§. 257.

Права и обвезе цедента и цесионара међу собом опредељују се према природи и садржини правног посла или правног односа, који је основ цесије (§. 255.). Од тога посебице зависи, да ли цедент одговара цесионару за истинитост тражбине, *verum nomen esse*, и за њену туживост, као и за њену доброту, *bonum nomen esse*? За последње по правилу не одговара. За прво по правилу одговара у случају добровољне цесије уз противучинбу^a. У осталом дејство је цесије у опште само то, да цедент не можестати на пут остварењу тражбине од стране цесионара^b, већ је шта више по правилу, *(nisi aliud actum est)*, позван, да цесионару уступи сва помоћна средства која су му у том погледу на расположењу^c, и да му изда све оно што би дошлије још од дужника добио^d.

Прим. Срав. Mühlenbruch §. 63. 64. Schliemann die Haftung des Cedenten 1848. 1850. Stempel Justa Causa стр. 45 и д. Lang н. н. м. II. стр. 104 и д. Arndts у крит. Vjschr. V. стр. 323 (civ. Schr. III. стр. 519 и д.).

^a L. 4. 5. D. h. t. 18. 4. L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. cf. α) L. 10.. 12. D. h. t. β) L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. γ) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. δ) L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. ^b L. 28. 55. D. de procurat. 3. 3. ^c L. 6. 14. pr. 23. pr. D. h. t. 18. 4. ^d L. 25. eod.

С. Ограничења при цесији.

§. 258.

1). У погледу умесности.

Према самој природи ствари не може бити цесије код тражбине, коју цесионар у опште не би могао вршити или бар не без промене њене садржине, с тога што је за учинбу меродавна личност примца.¹ Тако исто не може бити цесије код тражбине, којом се циља на чисто лично задовољење повериоца, јер би тај карактер изгубила кад би се на ког другог пренела.² Осим тога, у извесним случајима, није дозвољена цесија тражбина, на основу нарочитих законских одредаба.^{3 4 5}

Прим. 1. Ту долазе ретрактне тужбе немачког права, у којима претпостављају особити карактер повериоца. Даље, тужбе на услуге (Dienstleistungen) које су везане за личност, arg. L. 9. §. 1. D. de op. lib. 38. 1. и тужба којом се тражи стварање какве личне службености. Но овде нема никакве сметње томе, да се тужба за стварање уживана пренесе тако, да се исто установи за правог повериоца, али да се његово вршење уступи одмах цесионару. Могу ли се уступити тражбине из претходних уговора (Cessibilität der Forderungen aus Vorverträgen)? Eisele у Zeitschr. f. schweiz. Recht. н. р. III. стр. 39. и д. „das pactum de non cedendo“ Stegemann у civ. Arch. LXVII. 8.

2 Такав је случај са тзв. *actiones vindictam spirantes* §. 104. прим. 1.). Да није дозвољена цесија таквих тужба није законом изречено, те с тога овај став није беспоран. Али срав. Mühlenbruch §. 26. — По римском праву још се пису могле уступати и популарне тужбе, јер су то тужбе које сваком грађанину као таквом припадају, а не припадају ником (*ante litem contestatam*) као неко особито право. L. 5. 7. D. de pop. act. 47. 23. В. горе §. 100. на крају и §. 104. прим. 1. на крају.

3 Ту спадају: а) забрана цесије каквом лицу од већег уплива, у намери, да се дужник подметањем јачег противника доведе у мучнији, тежи положај. L. 1. 2. Cod. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre.

2. 13. (14.). Срав. Seuffert §. 299. прим. 1. „Та је забрана... данас кад постоји једнакост свију пред судом непримењива“, а свакојако и без оправдана разлога. Vangerow 7. изд. III. стр. 111. Windscheid 5. изд. §. 335. прим. 19. Но неосновано је тврђење (Mühlenbruch §. 30. стр. 372 и д.), да се закон односи само на потворену, првидну цесију. Puchta у Rtslex стр. 646. б) „чудно наређење царев. закона, о коме се у пракси врло често не води рачуна, да Јеврејин своју тражбину према хришћанину не може уступити другом ком хришћанину“. Vangerow н. н. м. стр. 112 R. A. од 1551, §. 79. R. P. O. од 1577. XX. §. 4., које у неколико долази под гледиште које је заступљено у наређењу под а. Други ratio даје Dernburg Pand. II. §. 50. прим. 11. То је наређење укинуто законом од 3. Јула 1869. В. горе §. 34. прим. 1. и Mandry Reichsges. стр. 54. 306. 2 изд. стр. 72. 412. с) забрана цесије какве тражбине против малолетника стараоцу његовом, па и после престанка старатељства, под предпоставком, да је тражбина већ пре тога постала. Nov. 72. сар. 5. Ово не важи за тражбине деловођи каквог правног лица. д) забрана цесије спорних тражбина L. 3. 5. (4.) Cod. de litigiosis. 8. 36. (37.), која је отпала по царев. грађ. пост. §. 236. Mandry стр. 158. 192. и д. 2. изд. стр. 230. 270 и д. В. горе §. 113. прим. 4. h. — У последњем случају цесија је ништавна, а у оним од а... с повлачи за собом уобичајени интерес⁴, и то и quoad naturalem obligationem. Срав. ослобођење дужника, и то и quoad naturalem obligationem. Срав. Puchta у Rtslex. стр. 645 и д. Vangerow н. н. м. стр. 109 и д. Schwanert Naturalobl. стр. 476 и д. против von der Pfördten-a Schwanert Naturalobl. стр. 476 и д. против von der Pfördten-a de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1840. pag. 40. и Mühlenbruch §. 32., који опет (§. 30. 34.) у случајима а. б. узима да тражбина пропада у корист фискуса (државне благајне).

4 Обично се наводе као недопуштене: а) цесија тражбине против сина његовом очу и обратно, arg. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 4. D. de iud. 5. 1.; б) цесија акцесорне тражбине без главне. Против тога Vangerow н. н. м. стр. 108 и д. Срав. Sintenis §. 128. прим. 29. 39. Срав. уз тај §. још Dernburg Preuss. Priv. R. §. 83. Stobbe Handb. III. стр. 83 и д.

5 Царев. зак. од 21. Јуна 1869. (у погледу забране зараде радника и слугу), §. 1.. 5., од 31. Марта 1873. (у погледу прав. односа царев. чиновника) §. 6. и 19., од 2. Маја 1874. (царев. вој. зак.) §. 45. (у погледу протокол. помоћних каса), оглашују за ништавну цесију (а тако исто и залагање, упућивање (Anweisung) за исплату, забрану и т. д.) накнаде за рад или службу, која би се плаћала на основу каквог радничког или службеног односа, у колико би такав однос апсорбовао потпуно или већим делом привредну снагу онога

који има права да тражи ту накнаду. То исто важи и за службене приходе чиновника и војних лица, удовичко и деције издржавање царев. чиновника у грађ. служби и чиновника у цар. банци (зак. од 20. Априла 1881. §. 17., 8. Јуна 1881.), за почасну пензију, коју уживају они који су одликовани гвозденим крстом (зак. од 2. Јуна 1878. §. 3.), на послетку за потпору из какве протоколисане (eingeschriebene) помоћне касе. Ближе о томе код Mandry-ја стр. 158 и д. 307. 2. изд. стр. 232 и д.

§. 259.

2). У погледу дејства.

Особито ограничење у том погледу увело је једно наређење цара Анастасија (*Lex Anastasiana*)^a, које је допуњено једним наређењем цара Јустинијана^b, а у погледу куповине тражбина.¹ Цесионар, који је то постао куповином, може тужбом тражити само ону суму, коју је он сам за уступање тражбине платио, урачунајући уобичајени интерес^c, и то и онда, када му је само један део тражбине продат, а други поклоњен или кад је цела куповина скривена у виду првидног поклона^d. У погледу остатка тражбина је по закону поништена^e, те с тога ни други цесионар не може више тражити но што је његов цедент платио.² Доказ о томе колико је платио мора цесионар набавити, ако стоји да је куповина основ цесије.³

По изричној одредби нема места примени овог наређења код цесија којима је циљ пречишћавање какве заједнице, код уступања тражбине у место исплате или код залож. повериоца, који каквог повериоца намирује и у случајима где је цесија нарочитим околностима изазвата. Према природи same ствари и намери закона то се наређење не може применити и код тражбина, којима предмет није новац или које нису купљене посебно већ као саставан део неке целине и са истом, даље такве

^a L. 22. Cod. mandati. 4. 35. (Imp. Anastasius Eustathio p. p.). ^b L. 23. Cod. eod. (Imp. Justinianus A. Joanni p. p.). ^c L. 22. §. 1. (L. 22). cit. ^d L. 23. cit. e L. 23. §. 1. cit. ^f L. 22. §. 2. 3. (L. 22. i. f.) l. c.

тражбине, које су по њиховој природи намењене трговачком саобраћају (меничне тражбине, државне облигације и др.), као и тражбине одважног карактера, које још од постанка њиховог имају несигуран и неизвесан предмет.

Прим. 1. О овом закону у опште, његовим разлозима и цељисходности в. Mühlenbruch §. 53. Puchta у Rtslex. стр. 647 и д. Schmid н. н. м. §. 8. стр. 34 и д. — По тргов. зак. чл. 299. тај је закон за тражбине из трговачких послова укинут, а по разним земаљским правима и у опште.

2 Против другачег мњења Arnold-a prakt. Erörtr. I. 8. стр. 153 и д. в. Puchta §. 285. not. I. Seuffert's Arch. II. 31. — У новије су доба више њих били опет то мњење, да остатак тражбине пропада само у случају L-a. 23. Cod. I. c. (not. d.), а иначе да припада цеденту Unterholzner I. стр. 510. прим. 1. Brackenhöft у civ. Arch. XXIII. 6. Herrmann тамо XXXI. 3. Против тога Vangerow §. 576. прим. 1. Но оно мњење потпомаже један схолион уз Basil. XIV. 1. 85. (Heimb. II. стр. 152.) и баш га на основу тога и брани понова Schmid I. стр. 42 и д. — Да ли претиче *naturalis obligatio?* von der Pfördten I. c. Unterholzner стр. 511. прим. с. Против тога Vangerow §. 576. прим. 1. на крају. Schwanert н. н. м. стр. 477. — Може ли бити одрицања на *exceptio legis Anastasianae?* Seuffert's Arch. II. 30.

3 Тако по мњењу које влада, а према циљу самог закона. Puchta у Rtslex. стр. 651. Vangerow §. 576. прим. 2. Sintenis II. §. 128. прим. 57. Seuffert §. 303. на крају и његов Arch. I. 29. (закључак касац. суда у Минхену од 20. Априла 1843. XV. 19. Schmid I. стр. 38 и д. — Друга мњења: а) дужник ваља да докаже, колико је цесионар мање платио, у новије доба бране га Burchardi у civ. Arch. XVIII. 8., Maxen Beweislast стр. 157 и д. Windscheid §. 333. прим. 7. arg. L. 17. D. de probat. 22. 3.; б) дужник ваља да доказује само онда, кад тврди да је по L. 23. cit. наступило делимично поништење тражбине, а цесионар онда, када се по L. 22. cit. хоће да легитимира за тражење целе тражбине. Brackenhöft и Herrmann н. н. м. Против обојице Vangerow н. н. м. — Каква је доказна вредност признанице (*Empfangsbescheinigung*), коју је издао цедент? Seuffert н. н. м. (разлози за поменуто решење опште седнице).

VI. ПРЕСТАНАК ОБЛИГАЦИЈА.^a

§. 260.

Облигација, по самој природи њеној, престаје пре свега задовољењем тражбине поверилачке, њеним испуњењем (§. 218.) или оним, што се томе равна. Али осим тога облигација може престати на разне начине, са вољом или без воље повериоца, *ipso iure* или оре *exceptionis* (§. 217.). Престанак повлачи за дужника ослобођење од обvezе, а ово се равна ономе. Кад има више лица у једном истом обвезному односу онда је могуће, да за једног дужника наступи ослобођење, а да облигација у опште не престаје.

Прим. *Obligatio* се назива *iuris vinculum*, pr. J. de obl. 3. 13., а његово престајање, ма какво било, *solutio*. L. 54. 80. D. h. t. L. 47. D. de V. S. cf. L. 4. §. 7. D. de re iud. 42. 1. Али како је облигација по њеној природи управо за то определена, да престане испуњењем учинбе на коју се дотични обвезао, то се изрази *solutio*, *solvare* употребљавају просто у истом смислу испуњења. L. 176. D. de V. S. „*solvare dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*“. За тим је уобичајено, да се тај израз употребљује за сам предмет обвезе, отуда: pr. J. h. t. „*solutione eius quod debetur*“, после „*solvare fundum, impensam*“, L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 45. §. 1. D. de act. emti. 19. 1., или „*operas*“, L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 39. §. 3. D. de statulib. 40. 7., па шта више „*libertatem*“, L. 24. D. de excus. 27. 1. Тако се посебице испуњење **новчане** обвезе означава са изразом „*solvare summam, pecuniam*“, т.ј. „*numerare pecuniam*“ = „*solvare aes alienum*“, L. 49. D. h. t. cf. L. 5. §. 10. D. de reb. eor. 27. 9. L. 59. pr. D. de re iud. 42. 1. и у том се смислу израз *solvare* нарочито често употребљује, а тако исто *exsolvere*, *persolvere*. Изразу „*numerare pecuniam*“ одговара израз „*платити (Zahlen)*“. Windscheid с правом критикује обичај, да се у данашњем правном говору употребљује израз „*плаћање*“ у место „*испуњења*“, и означује као „*једну неупутност*“, §. 342. прим. 1. Срав. и Sintenis §. 103. прим. 2. 7. 9. и у опште Gruchot (в. §. 261. прим. *) §. 1. Brinz 2. изд. §. 289. Voigt die XII. Tafeln II. §. 118.

^a Inst. quibus modis obligatio tollitur. 3. 29. Dig. de solutionibus et liberationibus. 46. 3. Cod. 8. 42 (43).

А. Испуњењем. Плаћањем.*

§. 261.

Испуњење какве обвезе (§. 219. и д.) у опште, давање каквог предмета који је у обвези, а у намери** да се обвеза испуни^a, а посебице плаћање суме која се дугује повериоцу који је способан примити је или његовом овлашћеном заступнику^b, или ономе^c, који је за то одређен при самом стварању обвезе дужникove (*solutio*nis causa adiectus, примац исплате) ништи свим облигацију, па и онда кад је то све други неко извршио а не дужник^d. Ако је дужник спречен у томе, да према повериоцу испуни своју обвезу (и то да је сигуран, да ће се тиме и ослободити од исте) и посебице, ако поверилац развлаком, доцњом смета пријему испуњења (§. 251.), онда се дужник може ослободити депоновањем предмета на који је обвезан код суда^e, а према приликама и без тога^f, напуштањем (*Preisgebung*), дереликцијом предмета који дугује.^g

Ако би неко имао да испуни према једном истом примцу^h више ствари једне исте врсте, али са различитим обвезама, то је њему на вољи, да при учинби, одреди ону обвезу коју хоће тиме да поништиⁱ. Ако он то пропусти учинити онда има поверилац право да одмах одреди обвезу која се тиме ништи. Но ако дужник не би на то пристао, онда ће важити она обвеза за поништену, чије би поништење за дужника било корисније^j. Иначе ваља узети да измирен дуг од интереса пре главног дуга,

^a L. 55. D. h. t. ^b L. 12. pr. §. 2. 4. L. 14. 15. L. 38. §. 4. L. 86. D. h. t. ^c L. 9. pr. L. 10. 12. §. 1. 3. L. 38. pr. L. 59. 71. pr. L. 95. §. 6. L. 106. D. h. t. L. 56. §. 2. L. 141. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 23. D. de fidei*ius*. 46. 1. ^d L. 23. 40. 53. D. h. t. (§. 219. not. c). ^e L. 9. Cod. h. t. L. 7. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 6. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 8. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28). cf. L. 41. §. 1. D. de usur. ^f L. 4. §. 3. D. de peric. 18. 6. ^g L. 1. L. 104. §. 1. L. 102. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. ^h L. 1. 3. pr. D. h. t. cf. L. 5. §. 3. eod.

обвеза којој је рок пре обвезе којој још није рок, за дужника тежка обвеза пре лакше, а од обвеза које би у том погледу биле једнаке старија пре млађе^k, а ако се по ниједном од тих мерила не може одредити, онда ваља плаћање распоредити сразмерно на све тражбине^l. Ако је поверилац дошао до наплате продајом залоге, која му је дата за више тражбина, онда ће у плаћање урачунати прво интерес, за тим главне тражбине по његовом избору, па и оне за коју нема тужбу^m. Ако је залога дата једновремено за више тражбина онда ће се плаћање распоредити сразмерно на све^m.

Прим. * Gruchot d. L. v. d. Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen R. 1871. (О томе Regelsberger у krit. Vjschr. XV. стр. 159 и д.) Römer Beitr. z. L. v. d. Erfüllung der Obl. nach gem. R. mit bes. Berück. der Beweislast, у Festschrift zur 4. Säcularfeier der Univ. Tübingen v. Römer und Meibom. 1877. стр. 5 и д. (о томе Regelsberger у krit. Vjschr. XXI. стр. 290 и д.) Brinz 2. изд. §. 290. Срав. и Erman z. Geschichte d. röm. Quittungen und Solutionsacte. 1883. О спису Ермана в. Нгуза у Wiener Zeitschr. XII. стр. 249 и д. Freund у Zeitschr. f. Rechts. gesch. Rom. Abth. бтр. 269 и д.

** Lenel у dogm. Jahrb. XIX. стр. 229 и д. држи да није баш неопходно нужно да је учинба учињена „баш у намери, да се тиме поништи правно потраживање“. Али и он тражи и да је извршено ради оне чинjenице, ради које се и тражи по праву, пориче дакле само потребу правнички обележене свесности о томе“. В. горе §. 145. на крају.

1 O solutionis causa adiectus-у (н.пр. код стипулације *mihi aut Titio dare spondes? spondeo*), в. Brandis у Rh. Museum V. 11. Он је, по правилу, повериоцу обвезан као мандатар, да му оно што је примио изда. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 131. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 98. §. 5. D. h. t. Ако би у његовом личном положају што год претрпео, што би могло довести ту тражбину повериочеву у опасност, онда је дужник дужан да му не плати. L. 38. pr. L. 95. §. 6. D. h. t. L. 56. §. 2. D. de V. O. Да је данас adiectus solutionis causa без практичне вредности мисли Bähr

ⁱ L. 3. §. 1. L. 5. pr. §. 2. L. 97. 103. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. ^k L. 8. D. h. t. ^l L. 5. §. 2. L. 104. §. 1. D. h. t. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. m L. 96. §. 3. D. h. t.

у dogmat. Jahrb. VI. стр. 150 прим. 17., против тога Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 171. (civ. Schr. III. стр. 504.). — Од тога се разликује случај, кад је стипулирано: *mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* L. 118. §. 2. D. de V. O. 45. 1. Mommsen Beitr. II. стр. 85 и д.

2 Депоновање мора бити безусловно и мора се депоновати предмет који се дугује у целини његовој, ако поверилац не мора, и против његове воље, да пристане и на делимично плаћање. Seuffert §. 284. not. 3. Seuffert's Arch. I. 34. II. 158. Ако се оно што је депоновано узме натраг, пре но што је поверилац примио, онда се дејство депоновања потире. L. 19. in f. Cod. de usur. Срав. Gruchot §. 14. Ulrich d. Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners. 1877. Kühne „Ungewissheit des Gläubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners“ у dogm. Jahrb. XVII. 1. Jess у dogm. Jahrb. XVII. стр. 158 и д. Kühne тамо стр. 174 и д. Czyhlarz у Wiener Zeitschr. VI. 13. стр. 657. Kohler у dogm. Jahrb. XVII. 8. Schey mora cred. §. 7. и стр. 124.

3 В. о томе Gruchot §. 13. Henrici у dogm. Jahrb. XIV. 10. стр. 428.. 494. Struckmann zur L. v. d. Zahlung, тамо XV. стр. 251 и д. Brinz н. н. м. стр. 447 и д.

§. 262.

Да је плаћање извршено ваља да докаже онај, који се на то позива^a. Да би дошао до доказног срества, дужник може задржати са плаћањем, ако му се не изда о пријему његову признаница, квита^b, (Quittung),¹ аросча^c. Но по једној конституцији Јустинијана која је сад укинута,^{1a} таква признаница, по правилу, има доказну силу тек после 30 дана од њеног издања^d. До тог рока може се још поништити у путу *querela-e non numeratae (non solutae) pecuniae*.² Код обвеза са повременим учинбама три последње признанице^e, претпоставка су за то, да су и раније учинбе извршене.³ Таква је иста претпоставка, да је обвеза неплаћена или на који други

^a §. 114. not. k.

^b arg. L. 22. D. de usur. 22. 1. L. 18. Cod. de testib.

4. 20. L. 19. Cod. de fide instrum. 4. 21.

d L. 14. §. 1. 2. Cod. de non num. pec. 4. 30.

^c L. 19. §. 1. D. de acceptil. 46. 4.

e L. 3. Cod. de epochis publ. 10. 22.

начин престала, кад се задужница враћена дужнику^f, или кад су на њој такве промене, извршене какве се обично предузимају да се обележи престанак^g обвезе.⁴

Прим. 1 О правној природи признанице, квите: Bähr Urtheile des Reichsger. № V. стр. 21 и д. О обвези издавања признанице: Linde у његову часопису I. стр. 244 и д. Busch у civ. Arch. XXXI. 1., против тога Rudloff тамо XLV. 7. Срав. Seuffert's Arch. I. 330. VIII. 246. IX. 19.. 21. 115. XIII. 245. Busch Stimme d. Praxis стр. 111 и д. Bähr н. н. м. № VII. стр. 32 и д. Из сувишног страховања потекло је наређење Јустинијана, о доказивању плаћања дуга сведоцима. По томе је наређењу потребно пет потпуно сигурних сведока, који су присуствовали плаћању или усменом признању пријема, па да се призна да је доказ изведен. L. 18. Cod. de test. 4. 20. Nov. 90. cap. 2. Но тај је пропис, по мињењу већине без практичне вредности, ма да га још Linde н. н. м. стр. 241 и д. брани као цељисходног („у шта би се могло веомаја посумњати са јаких разлога“, Baye ord. Process стр. 790). Gesterding у civ. Arch. IV. 4. Но срав. Holzschuher II. 2. стр. 170. 3. изд. III. стр. 200. Windscheid §. 334. прим. 2. Сад је то наређење укинуто §. 14. № 2. увод. зак. за царев. грађ. поступак.

1^a Увод. зак. за царев. грађ. пост. §. 17.: „доказна снага... какве признанице није везана за истицање извесног рока“. С тиме су она детаљна наређења која су саопштена у прим. 2. изгубила практичну вредност. а тако исто и многа спорна питања.

2 Тад став ограничава само на признанице по писменим дуовима Gneist formelle Vertr. стр. 31. — Изузете су а) по законском наређењу: признанице о плаћеним јавним дажбинама. L. 14. §. 1. cit. L. 5. (4). Cod. de epoch. publ. 10. 22.; б) према природи ствари: а) јавне исправе, којима се сведочи да је плаћање извршено пред надлежном власту Sintenis §. 103. прим. 90. Но то не важи за све признанице које носе на себи карактер јавних исправа (Puchta §. 287. после not. x.), па ни онда, када је у њима признање пријема учињено пред јавном власту (Frist Erläutr. св. 3. стр. 394). б) исправе у којима је признање, да је плаћање извршено још раније у времену које је изближе одређено. Unterholzner I. стр. 477. not. e. 5. Тако исто, примена овог правила искључена је и доцнијим признањем признанице, arg. L. 4. Cod. de

^f L. 2. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 14. 15. Cod. h. t. 8. 42. (43.) §. 64. not. d. g L. 24. D. de probat. 22. 3.

non num. рес. Спорно је, да ли је по истеку рока дозвољен противдоказ? *Ilo videlicet observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusurandum offerri liceat.* L. 14. §. 3. Cod. I. c. — Међу мњењима која битно одступају од мњења које влада, изближе су изведена а) мњење, које је исказао *Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* стр. 317 и д. 2. изд. 354 и д., по коме признаница у сваком случају и одмах има обичну доказну силу и по коме је сасвим искључено оспоравање уговора признања (*Anerkennungsvertrag*) кога има у свакој признаници, а којим се ништи постојећи дуг (в. *Arndts y krit. Ueberschau IV.* стр. 41 219. 235. (civ. Schr. I. стр. 353. 359. 373. и д.) *Brinz* 1. изд. стр. 426 и д. стр. 639.; β) мњење које је исказао *Schlesinger zur Lehre v. d. Formalcontracten u. d. querela non num. рес.* стр. 180 и д., нарочито стр. 259 и д. 279 и д. 321, који за искључење доказне силе издате признанице тражи од њеног издавача доказ, да је иста пре плаћања а у очекивању истог издата, а само оспоравање дозвољава само у законском року. В. још доле §. 281. и 267. прим. 1. на крају и *Bähr Urtheile des Reichsger.* № VI. стр. 27 и д.

3 У новије се доба спори, да тај правни пропис важи и за признанице приватних лица, као што се то обично узима. *Sintenis* §. 103. прим. 93. Против тога се с правом наводи *argumentum a maiori ad minus.* *Seuffert's Arch.* I. 334. У осталом в. *Gesterding y civ. Arch.* IV. 3. стр. 9 и д. *Bülow Abh.* II. 21. стр. 192. и д.

4 О томе *Buchner* и *Hoffmann* у *prakt. Arch.* I. 22. св. 3. стр. 111 и д. в. *Windscheid* §. 344. прим. 5. Против тога *Vermehren* у *Linde's Ztschr.* XI. 7. *Sintenis* II. §. 103. прим. 91., који у томе виде пре оправштање дуга, *Puchta* §. 287. код *not. s. t. Unger* II. §. 130. прим. 23. и др. који опет у томе замиšљају плаћање. *B. Unger über den rev. sächs. Entw.* I. стр. 76. *Gruchot* §. 12. *Seuffert's Arch.* I. 202. V. 262. XIV. 18. XIX. 138. 223.

§. 263.

Има случајева, кад каква учинба, ма да нема особине правог и пуноважног испуњења или плаћања, повлачи за собом престанак облигације, као и оно прво, ако би и у колико би јој само резултат био, да пове-

рилац у ствари добије оно што му припада^a. Тако н.пр. ако би се оно што је непосредно повериоцу дало не би могло истом као сигурно ујамчiti, услед недостатка права отуђења у лицу онога који то чини, па би се услед других околности тај недостатак у успеху отклонио^b. Такав је исти случај, кад је нешто испуњено према тестатору поверилачком^c, или према његовом повериоцу, ако то није било противно његовом правном интересу^d, или према деловођи (*negotiorum gestor*) његовом, ако би само отуда поверилац имао користи или би то одобрио.

Прим. В. у опште *Gruchot* §. 4., §. 7. L. 61. D. h. t. In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Срав. уз *not. b. Carisien de numeratione eorum, qui nummorum dominio vel alienatione carent.* Berol. 1869. L. 6. D. de doli exc. Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat. Разна мњења о томе: *Müller* у *civ. Arch.* XV. 12. *Busch* тамо XXXI. стр. 12. и д. *Vangerow* III. §. 582. прим. 1. *Sintenis* §. 103. прим. 75. *Windscheid* §. 342. прим. 42. *Brinz* 2. изд. §. 290. прим. 57.

В. Пребијањем дуга за дуг. Компензацијом.¹

§. 264.

Ако дужник у исто време има према своме повериоцу тражбину исте садржине, онда је могуће, у целини, или делимице, скраћено плаћање одбијањем једне тражбине од друге^a, пребијањем дуга за дуг, компензацијом.² Разуме се по себи, да је такав начин плаћања, кад се стране сагласе,³ свакад могућ^b. Али

^a L. 61. D. h. t. 46. 3. ^b L. 19. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 14. §. 8. D. h. t. 46. 3. L. 17. eod. L. 60. eod. ^c L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 96. §. 4. D. h. t. ^d L. 6. D. de doli m. exc. 44. 4. ^e L. 34. §. 4. L. 58. pr. D. h. t. cf. L. 28. 34. §. 9. eod.

^a Dig. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. ^b L. 4. D. qui pot. 20. 4. L. 76. D. de V. S. cf. L. 11. §. 2. (1.) Cod. de rescind. vend. 4. 44.

дужник може и против воље повериочеве, кад га овај тужи, своју противтражбину урачунати,⁴ и ако је постала из другог правног односа а не оног из кога је постала поверилачка (*ex dispari causa*)⁵, па и према правним потраживањима, која потичу из стварних тужаба⁶. Но за то је потребно 1) противтражбина^c, која није обеснажена приговором и која важи бар као *naturalis obligatio*;⁶ 2) та тражбина мора припадати самом туженом^f, па ма и у путу цесије^g, или оном, који му као садужник одговара за накнадуⁱ, према баш том тужиоцу или, по ранијем правном основу^k, према његовом цеденту;^j 3) истоветност (идентичност) предмета^l, тражбине и противтражбине;⁸ и 4) истоветан рок испуњења тражбине^m, и противтражбине.ⁿ Осим тога, ако противтражбина није потекла из истог правног односа (*ex eadem causa*) тражи се да је 5) пречишћена, ликвидна^o, т.ј. да остварењу пречишћене тражбине тужиоца не смета обзир на противтражбину, која се наводи, а за чије би пречишћавање било потребно ислеђивање, које захтева више посла и времена.¹⁰

Прим. 1. О старијој литератури по овом науку в. Glück XV. стр. 59 и д. Уз то Hasse über die Compensation und ihre Liquidität, у civ. Arch. VII. 9. Bethmann-Hollweg Beitrag zur Lehre v. d. Compens. у Rh. Mus. I. стр. 257 и д. Krug die Lehre v. d. Compens. 1833. Hartter das röm. deutsche Rt. der Compens. 1837. Tellkampf у civ. Arch. XXIII. 11. Krug тамо XXV. стр. 211 и д. Sintenis von der processualischen Natur der Compens., у Linde's Ztschr. XVIII. 1. Hartter тамо XIX. 6. Brinz d. Lehre von der Compensation. 1849. Pand. 2. изд. §. 287. 288. Scheurl Beitr. I. Nr. 7. Dernburg d. Compensation nach R. R. mit Rücksicht auf die neuere Gesetzg. 1854. 2. изд. Geschichte und Theorie der Comp.

^c Pauli sentt. II. 5. §. 3. §. 30. J. de action. 4. 6. cf. L. 10. §. 2. 3. D. h. t. d L. 14. pr. Cod. h. t. §. 30. J. cit. ^e L. 6. 14. D. h. t. cf. L. 9. pr. eod. — L. 2. Cod. h. t. L. 8. D. eod. cf. L. 20. §. 2. D. de statulib. 40. 7. ^f L. 18. §. 1. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 16. pr. L. 23. D. h. t. ^g L. 18. pr. D. h. t. h L. 4. 5. D. h. t. ⁱ L. 10. D. de duob. reis. 45. 2. ^k §. 256. not. i. l arg. L. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. L. 22. D. h. t. ^m L. 7. pr. D. h. t. cf. L. 16. §. 1. eod. — L. 15. eod. ⁿ L. 14. §. 1. Cod. h. i. (Justinian.) §. 30. J. cit.

nach Röm. u. neuerem R. 1868. Schwanert d. Comp. nach R. R. 1870. Festschrift zu Huschke's Doctorjub. о томе Goppert у Ztschr. f. d. deutsche Gesetzg. VI. стр. 412 и д. Eisele die Compensation nach röm. u. gemeinem Recht. Berlin 1876. о томе Eck у Jen. Litztg. 1877. Nr. 20. Brinz у krit. Vjschr. XIX. стр. 321 и д. Schey у Wiener Ztschr. VI. стр. 748 и д. — B. Förster I. §. 94. („Gegenrechnung“). Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 104..106.

2 L. 1. D. h. t. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. L. 76. D. de V. S. *Dedisce intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit*. Cf. L. 19. D. de lib. *causa*. 40. 12. законску дефиницију L. 1. cit. критиковао је Eisele и. н. м. стр. 212. Он је противан означавању компензације као неког „скраћеног плаћања“ (стр. 235 и д.) и дефинише „судску компензацију“ (стр. 389) као „сatisfакторно (задовољавајуће, намирно) поништавање истоветних противтражбина до суме у којој се поклапају а у путу узајамног опрштања (Erlass) и уз садејство воље једне стране и судије“. „Вајс судску компензацију“ дефинише као „сatisfакторно (задовољавајуће, намирно) поништавање противтражбина, које се сматрају као једне вредности, узајамним опрштањем (Erlass), а по уговору њихових ималата“. И према томе схватају обе су прав. послови. Eisele §. 18.. 20. Срав. још Ohnsorge dogm. J. hrb. XX. 7. стр. 284 и д. и доле §. 265. прим. 4.

3 О уговорној компензацији: в. Eisele §. 19.; Römer Abhandlungen, св. 1. № 3. (1877.); Windscheid 5. изд. §. 351. № 2. О пословима у погледу компензације т.ј. пословима, којима се модифицира право једне стране, да компензује тражбину која би била за то: Eisele §. 32.

4 L. 2. D. h. t. (Julian.) *Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare*. Cf. L. 12. Cod. h. t. Разлог за то наводи L. 3. eod. (Pompon.) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, и L. 173. §. 3. D. de R. J. или L. 8. pr. D. de doli exc. 44. 4. (Paul.): *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*. За последње место Brinz стр. 47 мисли, да се не односи на противтражбине које би биле за компензацију, већ да га ваља објаснити са L. 8. §. 1. cit.: *Sic si heres damnatus sit non petere a debito, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento*. Али то не би била никако згодна примена става L. 8. pr. cit., јер би овде обратно ваљало обвезу на повраћај (*condictio indebiti*) само отуда извести, што је примац *petendo dolo fecisset*. *Agere ex testamento* није управљено на враћање већ на потпуно ослоба-

ћање у путу акцентилијације L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. „Petit quod redditurus est“ могао је свакојако Paulus „тачно говорећи“ рећи и о ономе, који је био обвезан на враћање исте количине, јер је код замењивих ствари tantundem = idem. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. h. t. cit. Dernburg стр. 198 и д. 361. Не може опстати оно што Ubbelohde о ставу: „ipso iure compensatur“, стр. 223, а против ове примедбе, примећује. С тога што је легатар condicione indebiti могао тужити, ако је ignorans платио без обзира на exceptio in factum perpetua коју има (L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6.), Paulus није могао казати, да он може (разуме се non ignorans) употребити и doli exceptio, за то што тужилац petit quod redditurus est. Ново објашњење L. 2. cit. код Ајзела стр. 41 и д., уз L. 3. cit. в. исти стр. 232 и д.

5 Речи у §. 39. J. de action. 4. 6. „habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum... condemnat“ преписане су механички из Gai. IV. 61., где је говор само о компензацији код bonaе fidei iudiciis јер по §. 30. J. eod. „ex eadem causa“ није битно.

6 L. 6. D. h. t. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. У сваком случају? Christiansen von der naturalis obl. стр. 138. Sintenis §. 82. прим. 19. §. 104. прим. 26. 27. Dernburg стр. 469 и д. Schwanert Naturalobl. стр. 216 и д. в. стр. 143. прим. 36. Windscheid §. 288. прим. 12. §. 289. прим. 13. 21. 22. §. 350. прим. 3. 4. уз то и у опште о захтеву да је противтражбина правно сигурна в. Eisele §. 27. О L. 8. D. h. t. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur: в. Sintenis §. 104. прим. 28. Dernburg стр. 535. и д. Schwanert н. н. м. стр. 429. и д. Comp. стр. 19. и д. Eisele стр. 8. и д. 332. и д. 368. и д. Ohnsorge н. н. м. стр. 295 и д.

7 Ex persona tertii compensatio fieri nequit. Sintenis §. 104. прим. 7. и д. Dernburg стр. 402 и д. Eisele §. 24. 25. Једно ограничење тог правила налази се још у L. 9. D. h. t. Si cum filiosfamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si age-remus, duntaxat de peculio praestaretur. §. 1. Sed si cum filiosfamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum, quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Но то се односи само на

противтражбине ex eadem causa. Sintenis §. 104. прим. 24. Dernburg стр. 76. 374 и д. Schwanert Comp. стр. 47. Eisele стр. 296. и д. 303. и д. О компензацији у стечају в. Bayer Concurs-proc. §. 33. Sintenis прим. 16.. 21. Dernburg §. 7. 51. Seuffert's Arch. II. 117. XI. 105. XIV. 220. XV. 119. и сад царев. стеч. пост. §. 46.. 49. „по коме је сад за стечише повериоце у опште наступило знатно проширење права на компензацију“. Mandry Reichsges. стр. 318 и д. 2. изд. стр. 435 и д. Briuz 2. изд. §. 287. прим. 41. Срав. Schrutka die Comp. im Conc. nach österr. Rt. und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des deutschen Reichs. 1881. О томе Krasnopolski у крит. Vjschr. XXIII. стр. 349 и д. — Особита одредба: L. 1. Cod. h. t. Et senatus censuit et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum senaciter servandum est. Eisele стр. 294 и д.

8 Paul. II. 5. §. 3. Compensatio debiti paris speciei et ex causa dispari admittitur: veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis. Уз то и Ubbelohde н. н. м. §. 24. Gai. IV. 66... in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino. в. Eisele стр. 97 и д. 104 и д. У Јустинијанову праву тај се услов прећутно претпоставља, н.пр. у L. 4. Cod. h. t. „si constat, pecuniam invicem deberi“, јер је већ у самом појму, L. 1. D. h. t. Једна последица отуда налази се у L. 22. h. t., по коме код алтернативне (бирљиве) тражбине компензација има места само онда, када се противник који има права избора решио за истоветан (за компензацију способан) предмет. Нема противречности у томе, што је по not. d. дозвољена компензација и код стварних тужаба, јер и оне могу по њиховом успеху бити управљене на плаћање у новцу, а по некад баш морају на то бити управљене н.пр. код тужбе за сопственост према фингираном држаоцу (§. 107.), код тужбе за наслеђе према дужнику наслеђа (L. 13. §. 15. D. de her. pet. 5. 3) О захтеву истоветности у опште в. Eisele §. 26. — Од компензације ваља разликовати рептенцију (задржак, задржавање), која може наступити због неједнаких (али конекских) противтражбина (§. 102. на крају). Такво задржавање не ништи тражбину већ одлаже само њено испуњење ради осигурања противтражбине. По Brinz-y Comp. стр. 54 и д. стр. 110 и д. стр. 142 и д., истина, L. 14. Cod. h. t. уводи под именом

компензације у опште право, да се према свакој тужби свака врста противтражбина, без обзира на *par species* и конекситет, може употребити као одбрана, али без *doli exceptio*, те тако да се једновремено дође до њихног признања и извршења. На тај би начин, дакле, Јустинијан створио неку чудну смесу од компензације, рептенције и противтужбе, а под изразом, који у самом Јустинијановом праву има утврђен смисао? Компензација у правом смислу, као врста понишавања тражбина које стоје међу собом на супрот, по самој природи ствари не може наступити онде где нема истоветности предмета, било још од почетка или услед доцнијег својења на новчану вредност. Онакво објашњење L. 14. cit. повукло би за собом нов став, да се онаквом тражбином, у колико не би био поништен компензацијом, може и без противтужбе (*Widerklage*) доћи до осуде тужиоца, као у каквом *iudicium-y duplex-y*, у процесуалном погледу врло сумњива добит, а у цивилноправном у толико само од значаја, кад би неко хтео тврдити, да према томе и сама *naturalis obligatio*, „у одбрани“ може повући за собом осуду тужиоца. В. против тога Savigny §. 289. 290. Dernburg §. 40. 43.

9 О томе Eisele §. 28. Wächter II. §. 195. прим. 13.

10 *Liquidum cum illiquidum nulla est compensatio.* — L. 14. §. 1. cit. *Judices ... non procliviores in admittendas compensationes existant, ... sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminali componant.* Dernburg §. 66. 67. Eisele §. 14. 29. — Многи, ослањајући се на праксу која одавна у том погледу влада, нису за примену тог прописа, само ако је непречишћен (*illiquidus*) приговор компензације употребљен на време, т.ј. одмах са литеисконтестацијом. Donell. ad L. 14. cit. Comm. XVI. 15. §. 33. sqq. Krug §. 89. Seuffert §. 287. not. 19. 20. и др. Dernburg §. 68. Seuffert's Arch. I. 366. Eisele стр. 339 и д. 374. Против тога Hasse и Bethmann-Hollweg н. н. м. Puchta §. 289. not. h. Vangerow III. §. 618. прим. 2. Sintenis §. 104. прим. 42. и др. Brinz 2. изд. §. 287. прим. 22. Seuffert's Arch. V. 123. в. II. 163. VII. 107. VIII. 33. 122. IX. 145. 279. XIV. 21. 132. XV. 17. Противно томе понова брани оно мњење, као оно које одговара правој намери L. 14. cit., Schwanert Comp. стр. 30 и д. По Brinz-у Comp. стр. 151 и д. тај се пропис и не односи на случаје праве компензације, већ само на остале случаје његове компензације у ширем смислу (прим. 8. на крају). Scheurl стр. 149 ограничава га само на приговоре компензације код стварних тужба и на слу-

чаје првобитне неједнакости. Против обојице Dernburg стр. 565 Vangerow н. н. м. За данас је несумњиво да се компензација не може захтевати, по правилу, у стадијуму извршења, извршног поступка, царев. грађ. пост. §. 686.

§. 265.

Једновремено постојање истоветне тражбине и противтражбине не повлачи по себи њихово поништење. Од повериоца, који је уједно дужник свог дужника, зависи,¹ да ли ће га за целу тражбину тужити или по одбитку противтражбине дужника^a. Тако исто зависи од дужника, који је уједно поверилац свога повериоца, хоће ли, кад га је последњи за целу суму тужио, да своюју противтражбину оствари одбијањем њеним од исте^b или ће, у колико је тужива, задржати себи право тражења њеног засебног тужбом^c. Тако исто од њега зависи, коју ће од више противтражбина, по свом избору,^d урачунасти, као и то, да ли ће једну или више њих урачунасти^e. Но противтражбину свога садужника можи ће урачунасти само по пристанку његовом^f. Ако се дужник користио компензацијом онда то ваља тако сматрати, као да је тужилац противтражбином способном за компензацију већ намирен, у колико би та достизала^g. Судија^h га мора ослободити, ако би иста толико исто или више износила но што је тужиочева тражбина, а ако је мања мора га осудити за толико мању сумуⁱ. То дејство потпуно или делимично поништања једне тражбине другом пренаша се у назад, до оног тренутка, када су се обе тражбине стекле као способне за компензацију.^j Од тог тренутка засновано је право компензације, дакле и приговор који противтражбину ниши или смањује^k, те тако и обвеза на плаћање интереса, која иде уз траж-

a L. 21. D. h. t. b L. 2. D. h. t. (§. 264. прим. 4.) L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. c L. 5. D. h. t. cf. L. 13. eod. d §. 264. not. i. e L. 4. Cod. h. t. L. 4. D. eod. f L. 30. 39. J. de action. 4. 6. cf. L. 2. Cod. de plus petit. 3. 10. Paul. I. c. in fine. g L. 66. D. de R. J. L. 20. §. 3. D. de lib. causa. 40. 12.

бину, дејствује само у погледу њеног вишк^а, а у толико само дејствује и доцња са њеним штетним последицама.^{1,6} Како се поверилац сматра као намирен у колико је компензација наступила, као и кад је плаћање^к, то су тиме ослобођени и садужници онога који је извршио компензацију.⁷

Ако је дужник у заблуди био и с тога се није користио правом компензације, оно што је платио више може и доцније тражити да му се врати^l, са indebiti contradictione.⁸ Ако је компензација одбијена пресудом, изрично или прећутно, то се мора гледати на то, да ли је то учињено с тога, што противтражбина није основана или што није била згодна за одбијање. У првом је случају употреба њена по други пут по праву искључена, а у другом је случају то још могуће^m. Ако је противтражбина као непречишћена упућена на засебан поступак, то се може дејство компензације тамо још и постићи.⁹

Прим. 1 Срав. Eisele §. 31.

2 О путу и начину њеног остварења: §. 30. J. de action. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat (cf. Gai. IV. 61 . 63.). Sed et in strictis iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur (cf. Theophil. ad h. l.). Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc. cf. L. 14. pr. Cod. h. t. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — Разна мњења о значају и дејству оне doli excepti-je: Sintenis y Linde's Ztschr. XVIII. стр. 7 и д. и Vangerow §. 618. прим. 1. против тога Brinz стр. 45 и д., а против овог опет Dernburg стр. 186 и д. Ubbelohde

h L. 4. 5. Cod. h. t. I. 11. 12. D. h. t. i arg. L. 40. D. de reb. cred. 12. l.
k L. 4. Cod. I. c. 1 L. 10. §. 1. D. h. t. cf. L. 30. D. de cond. indeb. 12. 6.
m L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. L. 7. (s.) §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 30. cit.

о ставу: ipso iure compensatur. Göttingen 1858. §. 10. 12.. 14. 20. и против обожице Eisele §. 7.. 9. — Особита форма у старијем праву за аргентарија: Gai. IV. §. 64. Nam is cogitur cum compensatione agere et ea compensatio verbis formulae exprimitur; adeo quidem, ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere, ... и пр. Si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet: о којој је Brinz покушао, стр. 84 и д., да докаже, да се од Марка Аврелија примењивала и на друге случајеве и да је била према новијем праву, Scheuri h. n. m. стр. 161 и д., претпоставља, да је Марко Аврелије баш то agere cum compensatione или према приликама cum deductione („id est, ut in hoc solum adversarius... condemnetur quod superstes“), Gai. IV. 65.) генералисао. Срав. L. 21. D. h. t. (Paul.). Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. Против тога Dernburg стр. 329 и д. Другаче Ubbelohde h. n. m. §. 22.. 25. срав. §. 13. стр. 147 и д. Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 8. стр. 112 и д. — О историји компензације срав. сад у опште необично поучну расправу коју је написао о томе Eisele стр. 3.. 207, којој је претходила једна студија од истог у Ztschr. f. Rechtsgesch. X. стр. 465 и д. — О значењу ipso iure compensari (да ли то значи: само по себи? и у ком смислу? да ли non ope exceptionis? или „по утврђеном праву (festem Recht), а не по судском нахођењу (richterlichem Arbitrium) в. разна мњења код Vangerow-a III. §. 618. прим. 1. № III. Brinz у Bekker's Jahrb. I. 2. Pand. 2. изд. §. 287. у почетку, напушта своје раније мњење, да је ipso iure противност ope exceptionis у процесуалном, формалном погледу, и сад схвата ipso iure compensationari тако, да се противтражбине од времена њихове коекзистенције држе у равнотежи саме по себи, али иначе не ниште. Ubbelohde стр. 180 и д. остаје при оном првом погледу и труди се да докаже, као што је и било од практичног значаја у доц. рим. процесу, да се само одбранбени основи (Vertheidigungsgründe) per exceptionem претварају у оне који дејствују ipso iure. Што овај последњи на стр. 3. изрично истиче, да ће његово истраживање тешко бити од практичног значаја, то ће важити и о оном оног првог. У њој се на умирење логичких скрупула даје само израза новој формули за мњење које влада до сад, да коекзистенција тражбина даје одмах права, да се обе сматрају као поништене одбијањем. Противно томе Schwanert h. n. m. стр. 46 и д. брани га понова као наспрамника оне ope exceptionis, и ако признаје да у неким ме-

стима (L. 4. 21. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. Paul. sentt. II. 5. §. 3.) ipso iure значи „по себи“, и покушава да докаже, да то није без практичног значења, не само у Јуст. праву већ и у данашњем праву, јер је по њему тзв. приговор компензације позив на (уговорно) одбијање, пребијање дуга за дуг, који у случају непристанка повлачи за собом судско одбијање дуга за дуг. — Срав. још Eisele у civ. Arch. LV. 10., који мисли да је ipso iure сасвим Јустинијаново. Lenel Ursprung und Wirkung der Except. додатак и сад Eisele Compens. §. 12. 13. 15. по коме ipso iure има само процесуални значај и то тај, да се дотична чињеница не мора навести још in iure. Против тога Brinz Pand. 2. изд. §. 287. прим. 1. 2. Windscheid 5. изд. §. 348. прим. 3. §. 349. прим. 10. — Leonhard Irrthum стр. 308 и д. прим. 2. — Да није приговор компензације неразвијена противтуржба? Schollmeyer d. Comp. Einrede im deutschen R. C. Pr. 1884. Dernburg Pand. II. §. 62. Hampe das Compens.-Verfahren im vorjust. stricti iur. iud. 1886. О спису Шолмајерову: L. Seuffert у krit. Vjschr. XXVII. стр. 472. 478. — В. и Petersen у Rassow's Beitr. XXX. стр. 1 и д.

3 Fuhr у Arch. f. prakt. Rtsw. I. 16. св. 2. стр. 141. 155. Dernburg § 65. Windscheid § 349. № 6. Schwanert н. н. м. стр. 22 и д. 72 и д. Eisele стр. 226 и д. 365 и д. О сасвим другаче удешеном праву текућег рачуна (саобраћаја), Recht des Contocurrentverkehrs в. Grünhut у њег. Wiener Zeitschr. III. 9. нарочито стр. 503 и д. Levy der Contocurrentvertrag. Autoris. deutsche Ausg. v. Riesser (о томе Rassow у њег. Beiträge XXVIII. стр. 749).

4 В. „анализа пресуде којим се дозвољава компензација“ код Eisele § 33. Против тога опет Windscheid 5. изд. § 349. прим. 14. Ohnsorge н. н. м. стр. 288 и д. хоће да дејство компензације веже не за њено допуштање од стране судије, већ за једнострани па и вансудску изјаву компензована од стране интересованог.

5 L. 4. Cod. h. t. (Alexander). Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. L. 11. D. h. t. (Ulpian). Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. L. 12. eod. Idem iuris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet eius, quod invicem debetur. — У L. 4. cit. Brinz

d. Comp. стр. 22. 23. поправља compensatione еам на место compensationem везује ipso iure као наспрамника оре exceptionis непосредно са изразом pro soluto „као када би се рекло pro ipso iure soluto“. Ово последње морало би имати свога наспрамника у неком оре exceptionis solutum, што се не да замислити, а оно прво могло би се по граматици само онда дозволити, када би било казано pro soluta. Срав. Dernburg 1. изд. стр. 306. 321. и д. 2. изд. стр. 356. и д. 362. 587. Ubbelohde н. н. м. §. 22. Brinz је и поред тога остао при свом ранијем мњењу у Jahrb. н. н. м. стр. 28. 38. Срав. још Eisele стр. 151 и д. који у „пречишћавању“ L-a 4. cit. још даље иде но Бринц. Ономе мњењу, по коме је у овом случају говор само о једном дејству које се оснива на нарочитом законском наређењу (Brinz Comp. стр. 19 и д. стр. 158. Eisele §. 23.), противан је L. 4. cit. који поставља начело на првом месту, па отуда изводи ограничење обвезе на плаћање интереса; срав. L. 5. Cod. h. t. Aequitas compensationis usurarum excludit computationem. Срав. Fuhr н. н. м. стр. 135 и д. Dernburg н. н. м. и Brinz Pand. 1. изд. стр. 643. Но против тога је опет Schwanert н. н. м. стр. 4. и д. 45. 63.

6 Против тога је Eisele §. 22.; но срав. Windscheid 5. изд. §. 349. прим. 6.. 9. О утицају отпадања противтуржбине на прошлост: Windscheid §. 350. прим. 2. (5. изд.).

7 Ту ваља тачно разликовати право на компензацију и дејство извршене компензације. Huschke у Linde's Zeitschr. н. р. II. стр. 161 и д. Употреба исте у путу exceptio rei iudicatae? Eisele §. 34.

8 О овој condicti-ји в. Eisele §. 21. и против њега Windscheid 5. изд. §. 349. прим. 5.

9 Hasse н. н. м. Dernburg §. 67. 69. Eisele §. 33.

§. 266.

На основу нарочитог наређења искључено је право компензације и ако су иначе испуњени општи услови за исту: 1) према тражбинама које потичу из оставе (депозита)^a; 2) према тужби због незаконите окупације какве ствари^b; 3) према тражбинама државне благајне или ва-

^a L. 14. §. 1. i. f. Cod. h. t. L. 11. pr. Cod. depon. 4. 34. §. 30. in. f. J. de action. 4. 6. ^b L. 14. §. 2. Cod. h. t.

рошке општине по јавним дажбинама и учинбама^c; 4) према тражбини фискуса (државне благајне) за куповну цену продатих ствари^d, и 5) према тражбинама варошких општина по каквом зајму или завештањима или учинбама ради каквих у напред одређених јавних циљева^e. Осим тога према државној благајни компензација је у опште ограничена тиме, што се противтражбина мора доказати у року од два месеца^f.

Прим. Противно дословној садржини закона уобичајено је, да се фискус и варошке општине сматрају као подједнаки у погледу тражбина од 3..5. Sintenis §. 104. прим. 45..51. О изузетима у опште, а посебице о напуштању права компензације: Dernburg §. 59..61. Eisele §. 30. О забрани о којој говоре §. 137. царев. занат. ур. односно допуна од 17. Јула 1878. §. 116. в. Mandry Reichsges. стр. 315. (2. изд. стр. 428.).

С. Уговором.

§. 267.

1). У опште ослобађајући уговор.

Свака облигација може престати по договору повериоца и дужника (либераторни, ослобађајући уговор). Ако какав облигациони однос, па и двострани, постоји још онако како је уговором основан, то се може потпуно опорећи и укинути само противуговором (*mutuus dissensus* или *contrarius consensus*). Но ако је већ нешто испуњено по уговору, с једне или друге стране, онда се може та намера постићи и тада уговором, али таквим којим се не само ништи облигациони однос већ којим се ствара и обвеза на враћање оног што је примљено. По себи се разуме, да и једно и друго може бити увек само без повреде права која су трећа лица већ стекла. Осим тог случаја може свака тражбина, постала

^c L. 46. §. 5. D. de iure fisci. 49. 14. L. 3. Cod. h. t. ^d L. 46. §. 5. cit.
L. 7. Cod. h. t. ^e L. 3. cit. ^f L. 46. §. 4. D. l. e. cf. L. 45. §. 10. D. eod.

она из уговора, једностраног или двостраног, или из ма-
ког другог основа, престати и по уговору, којим пове-
рилац оправшта, напушта своју тражбину (уговор напу-
штања, оправштања, *Nachlassvertrag*) и тиме по-
вући за собом по дужника његово ослобађање од обвезе.
Да ли такав уговор ништи сасвим облигацију, као у слу-
чају плаћања, дакле и за садужнике и саповериоце, или
дејствује само за дужника који закључује уговор и према
повериоцу који је уговор закључио као ослобођење деј-
ствује, зависи од посебног смисла и садржине уговора.
Но и ако се у поједином случају има узети ово последње,
мање дејство, то му се опет за то, ако се баш није ишло
на то, да се ограничи на личност оног који уговора, мора
дати такав обим, да су уговором од тражбине заштићена
и она у облиг. односу заинтересована (умешана) лица, за
која је по онога који закључује уговор од правног ин-
тереса, да је тужба против њих искључена, да се иначе
не би посредно изиграло ослобађање од дуга које му је
дато.¹ (Erlass).

У осталом, праштање (Erlass) обвезе не захтева ни-
какву особиту форму, може бити дакле и прећутно² и са
онако исто разних основа, са којих по §. 233. може постати
и тражбина.³ Ослобађање од обвезе може бити и дели-
мично. Но делимично ослобођење може наступити у из-
весним случајима за дужника у погледу свију његових
обвеза, на основу нарочитог правног прописа, по за-
кључку већине поверилаца и против воље осталих.⁴

Прим. 1 Овај је наук врло споран, због разлике између римске
и данашње теорије о уговорима (§. 232.), која је овде од битног ути-
цаја. Срав. у опште о правно и докматично-историјској страни ње-
Völderndorff-Waradein zur Lehre vom Erlass, München 1850.;
уз то Scheurl Beitr. II. 14. („Erlassvertrag“). Посебице ваља при-
метити ово:

^{a)} по L. 100. D. de R. J. опште начело римског права у овом
погледу ово је: Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pe-
reunt. L. 35. eod. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque
dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur,

nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 80. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti quum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat; et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat, verbis, veluti, quum acceptum promissori sit, re, veluti quum solvit, quod promisit. Aequo quum emitio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Leist über d. Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungssacte. 1876. о томе Baron y krit. Vjschr. XIX. стр. 309 и д. Срав. и Erman z. Geschichte d. röm. Quittungen und Solutionsacte. 1883. стр. 23 и д. Према томе

α) консенсуални (саизвољни) уговор, ре nondum secuta или re integra, престаје потпуно (ipso iure) услед contrarius consensus-a (mutuus dissensus) уговорача. §. 4. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. L. 58. cf. L. 7. §. 6. D. de pact. 2. 14. L. 2. 3. 5. §. 1. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 95. §. 12. D. de solut. 46. 3. cf. L. 2. Cod. quando liceat. ab emt. disced. 4. 45. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. L. ult. D. de acceptil. 46. 4. Brinz 2. изд. §. 291. стр. 459. и д. Bechmann Kauf. II. стр. 469 и д.

β) verborum obligatio престаје ipso iure кад наступи acceptatio, (изјава примања, измирења) т.ј. aliis, sc. contrariis, verbis, „quod ego tibi promisi habesne acceptum? acceptum habeo“ или „accepta facis decem? facio“. Gai. III. 169. §. 1. J. 3. 29. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Cod. 8. 43. (44). Она дејствује exemplum solutionis, veluti imaginaria solutio и нинти облигацију за све кореалне повериоце или дужнике L. 13. §. 12. L. 16. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. О природи тог формалног акта поништавања облигација в. Kuntze d. Obl. стр. 178 и д. Fitting Correalobl. §. 8. Windscheid y krit. Vjschr. III. стр. 170. и д. Samhaber Correalobl. стр. 92. и д. Baron Ge-sammltrechtsverhältnisse стр. 309 и д. Römer die bedingte Novation стр. 246. „Acceptilatio је уговор такве садржине, да се обвеза нинти, као кад је било плаћање“. Сличне су јој у старијем праву карактер liberatio per aes et libram, Gai. III. 173. 174. и acceptilatio као забелешка пријема (Empfangseintrag) код litterarum obligatio (§. 232. прим. 4.) Ватов без основа спори да је неумесно означавати акцептилацију као праштање (Erlass), позивајући се на природу тог формалног акта, који је томе противан. Тако исто неосновано је и оно што Samhaber износи против увршћивања њеног под појам „уговора опрштана“ (Erlassvertrag), јер би онда требало да је „уговора опрштана“ (Schuldvertrag), заложном уговору противан и „обвезному уговору“ (Schuldvertrag).

(Pfandvertrag) и т. д. У осталом може и то бити, да акцептилација, која не важи као таква, опет дејствује као израз contrarius consensus-a (по тач. под **α**), или као pactum de non petendo (по тач. b. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. L. 19. pr. L. 23. D. h. t. 46. 4. Tiktin de nat. bilat obl. pag. 122 sq. Уз **α** и **β** в. још Dernburg Pand. II. §. 54. прим. 6., који је такође противник мињења које се овде заступа.

b) у римском праву постоји још један уговор за који нису прописане никакве форме, pactum de non petendo, који се може употребити код свију тражбина и по коме се онај који има какву тражбину обећава, да се неће користити својим правом, а као такав се сматра и свако ма на који начин исказано и с друге стране примљено напуштање тражбине. Dig. de pactis. 2. 14. Cod. 2. 3. Срав. прим. а. **β.** на kraju. Такав један пакт не ништи истину облигацију ipso iure (изузетак: извесне деликтне облигације, L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t.), али оснива према тужби таквог повериоца, али не и према тужби саповерилаца, тзв. exceptio pacti conventi, којом се може користити друга страна, а ако је pactum био закључен in rem, а не само in personam, (§. 102.), према обиму њиховог интереса, и други учесници, нарочито онај који је correus debendi socius, али не и онај који је correus non socius. L. 7. §. 4. 7. et sqq. L. 10. §. 2... L. 16. pr. L. 21. §. 2... L. 27. pr. D. 1. c. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34 3. L. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45. 2. Но у колико повлачи за собом дефинитивно ослобађање од обвезе у толико има у њему и правог опрштавања обвезе и по L. 55. D. de V. S., remissio debiti, L. 7. §. 10. D. h. t. L. 15. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. („pacto debitum remissum“) L. 5. Cod. de remiss. pign. 8. 25. (26.) (debitum .. per pacti conventionem .. remisisti, као што Gai. III. 169. говори о „remittere“ у путу акцептилације) cf. L. 7. eod. L. 34. (33). Cod. de transact. 2. 4. Разлика је само у томе, што у првом случају облигација губи своју силу ore exceptionis, а у другом се, услед пуноважне акцептилације, ipso iure нинти. Нема права Rudorff уз Пухту §. 297. not. a., а поред њега и Scheurl у другој, блажијој форми, што pactum-y de p. r. спори карактер опрштавања уговора, по Völderndorff-у н. и. м., и тврди, противно историји, да то никде није начин престанка облигације, већ једна процесуална радна, један уговор покажања (Sühnevertrag) о каквој повреди правног поредка или каквом правном спору (срав. сад Voigt die XII Taseln I. стр. 556 и д.). В. против тога Arndts у крит. Ueberschau II. стр. 154 (civ. Schr. I. стр. 9.) Brinz Pand. 1. изд. стр. 639 и д. 2. изд. §. 291. прим. 11. 12. Römer н. м. стр. 253. Оно што на то Rudorff одговара у 9. и 10. изд.

вредило би само онда, кад би се тврдило, да сваки pactum de non petendo повлачи за собом поништење облигације или кад би се у опште одбацивао говор у укидању облигација оре exceptionis (Puchta §. 286.). Свакојако је историска и систематска погрешка схватити р. д. н. р. у класичном и Јуст. праву као процесуалну радњу, као уговор покажања (Sühnevertrag), као што у сваком случају није погрешно преводити „remissio debiti“ са „опраштањем дуга“ (Schulderlass) и говорити о опраштању дуга уговором.

с) по римском праву могла је се свака облигација преновом (§. 268.) претворити у verborum obligatio и као таква у путу акцептилизације одмах и укинути. Била је шта више за то начињена нарочита формула, којом би се у један мах обухватила сва правна потраживања једног лица према другом у једну verborum obligatio (Aquiliana stipulatio), а која би се за тим акцептилизацијом, која би јој одмах следовала, поништила. §. 1. 2. J. I. c. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 2. 4. 5. D. de transact. 2. 15.

д) у данашњем је праву акцептилизације нестало заједно са стипулацијом. Отуда су потекла разна мњења: α) уговор опраштања (Nachlassvertrag) данашњег права дејствује по правилу ipso iure, онако као акцептилизација и.пр. Göschen §. 448. срав. Unterholzner I. §. 226. 227., β) он дејствује увек само као pactum de non petendo по рим. праву под тач. б., и.пр. Büchel Erörtr. II. стр. 45 и д. Vangerow III. §. 573. прим. 5. на крају §. 621. прим. 1. Истина је у овоме: правило под а. применује се на све уговорне обвезе и према томе доследно је, кад се данас пренов може такође обичним уговором извршити, да се и успех под с. може постићи обичним уговором. Питање је само, да ли је воља управљена на то или на оно мање дејство под б., при чему се никако не може претпоставити, да су стране свесне поменуте теориске разлике. Тако се теориски може оправдати претпостављање могућности уговора, који у опште ништи облигацију, без кога би иначе било непотпуности у данашњем праву, те се и.пр. ни поравнањем не би могла каква облигација поништити апсолутно, јер и оно по римском праву, кад не придође акцептилизација, дејствује само per exceptionem (§ 269.). Срав. и Fritz Erläutr. Heft III. стр. 420 и д. У резултату слаже се с тим и Savigny Obl. I стр. 178. „Како за нас акцептилизација не постоји, то постоји још само уговор ослобађања који нема никакве форме, само с том природном оградом, да према приликама, у поједином случају, особитим одредбама уговора, ваља постићи оно, што се код Римљана лакше и сигурније постизало већ уобичајеном формом акцептилизације“ и Scheurl n. n. m. стр. 24 и д., као и Baron n. n. m. стр. 385.

Срав. и Bähr Anerkennung стр. 164. 2. изд. стр. 178. и Unger Syst. II. §. 96. прим. 17. 18., који при томе с правом примећује (против првих издања овог уџбеника), да ће бити правилније у случају сумње претпоставити ово јаче дејство, arg. L. 47. D. de O. et. A. 44. 7. Тако исто и Windscheid §. 357. прим. 7.. 9. који горње теориско доказивање основаности постављеног става назива извештаченим оправдањем, којим се над већом страна врши један акт принуде (у чему?). Произвољна је претпоставка, да се данас за изјаву намере потпуног уништења облигације тражи писмена признаница (v. d. Pfördten Abh. стр. 300 Brinz стр. 638). Истина је само то, да уговор ослобађања (Erlassvertrag), закључен у виду издавања признанице (Quittungsleistung), повлачи за собом потпуно уништење облигације, јер је у томе воља за тим несумњиво исказана. То се не да превидети, да такав уговор ослобађања може бити основ издавања признанице („Schuldtilgungsvertrag“) у противности према обичном уговору ослобађања: Wächter II. стр. 430. L. 21. Cod. de solut. 8. 42. (43). cf. L. 13. ibid. L. 19. §. 1. D. de accept. 46. 4. L. 40. pr. D. de pact. 2. 14. Но неосновано је, што се у најновије време хоће, да од признанице начини у опште некакв либераторни формални уговор, који би се равнао римској акцептилизацији. Bähr Anerkennung стр. 232, 255 и д., срав. и истог Urtheile des Reichsgerichts № VI. стр. 27 и д. Brinz Pand. н. н. м. 2. изд. §. 291. у почетку. Против тога Arndts у krit. Ueberschau IV. стр. 245 (civ. Schr. I. стр. 381.) Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontracten стр. 149 и д. 293 и д. Срав. у осталом Lang Krit. d. bayer. Entw. II стр. 123 и д. Arndts у Vjschr. V. стр. 327. (civ. Schr. III. стр. 522. и д.) Karlowa Rechtsgeschäft стр. 266. и д. Schultze Privatr. und Process. I. стр. 379. и д. и прим. 2.

2 В. горе §. 262. прим. 4. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. Посебице о прећутном ослобађању неурачунањем какве тражбине при обрачууну: Bähr Anerkennung стр. 223 и д. 2. изд. стр. 242 и д. и у dogmat. Jahrb. II. стр. 406 и д. Regelsberger у civ. Arch. XLVII. стр. 175. Seuffert's Arch. IV. 220. IX. 57. XIX. 221. XV. 194.

3 Тако и.пр. donationis vel transactionis causa remittere obligationem у L. 34. (33.) Cod. de transact. 2. 4.; тако acceptilatio donationis causa L. 17. D. de donat. 39. 5. L. 5. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1., donationis mortis causa L. 24. 35. §. 6. D. de m. c. donat. 39. 6., dotis constituae causa L. 41. §. 2. L. 43. D. de iure dot. 23. 3. L. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4., уз против учинбу L. 9. D. de praescript. verb. 19. 5., solvendi (legati)

acus L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3.; даље и pactum de non petendo donationis causa L. 1. D. de transact. 2. 15., dotis causa L. 12. §. 2. D. de iure dot. 23. 3., solvendi causa L. 3. §. 3. cit. Према томе је сасвим неосновано, кад се, као Вагоп стр. 309 и д., растум de non petendo противставља акцептилацији, као формалан акт у том смислу, да се код ове последње не гледа на каузу, да се каузу апстрагује. У том је смислу и први такође формалан уговор и због недостатка каузе, као и акцептилације, по правилу само оспорљив а не ништаван, с том разликом само, да је према растуму довољна репликација, а код акцептилације је нужна *condictio liberationis*, па да јој се дејство сузбије. Вагоп стр. 385 (али не, као што он вели, и Savigny, Obl. I. стр. 171), разуме истину под ослобађањем (Erlass) само оправтање *donandi causa*, „јер ако је основ оправтања *solvendi* или *credendi causa*, онда имамо или *datio in solutum* или безимени уговор“. Али то је могло бити и код акцептилације, а на L. 1. D. de transact. („qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit“) не треба се позивати, јер запета долази после „*donationis causa*“, а после зна се, да и *transactio* ствара приговор, *exceptio pacti*. L. 17. 24. 28. Cod. de transact. 2. 4. Компензација је двострани уговор ослобађања? Eisele Comp. §. 19. стр. 236. и д. и горе §. 264. прим. 2.

4 По римском праву то бива само у једном случају, кад се хоће да позвани наследник прими презадужено наслеђе. L. 7. §. 17. I. 10. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 54. §. 1. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. По данашњем праву то је дозволено у опште у случају неспособности плаћање дужниковог. Bayeug Concursproc. §. 39. Већина се одређује као у случају § 223. Ако је сума тражбина и број поверилаца једнак на обе стране, онда судија решава. Но ако би се решавало само о почеку (Stundung) онда у опште блажији закључак има првенство. В. у осталом Bayeug n. n. m. Seuffert's Arch. I. 150. V. 264. 265. 303. XI. 320. Windscheid § 358. — У погледу оних поверилаца, који су пристали на попуст, дејствује исти као добровољан *pactum d. p. r.* Што се тиче осталих, то се њихова тражбина према дужнику неспособном за плаћање, против њихове воље, своди на извесан део исте. L. 58. §. 1. cit. Царев. стец. пост. изнова је и детаљно уредио установу принудног поравњања (Zwangsvergleichs) у §. 160. и д. срав. §. 196. на крају, 200. 206. Он се може закључити између општег дужника и непривилегованих стечишиних поверилаца — ако у опште не би био искључен, §. 162., — али је за његово усвајање „потребно 1) да већина поверилаца који имају гласа на

дан рочишта изрично изјаве свој пристанак на поравњање, и 2) да укупна сума тражбина поверилаца који пристају износи бар две трећине укупне суме тражбина свију оних који имају право гласа“. „Усвојено поравњање треба да потврди стечишини суд“. Ближе о томе: Fuchs der deutsche Concursprocess стр. 142 и д.

2). Условно ослобађајући уговори.

§. 268.

а). Пренов (новација)^a.

Пренов облигације¹ (новација) је такав правни посао, којим се у једно исто време каква постојећа облигација, тужива или не, ништи и на њено место нова ставља^b, која садржину прве апсорбује^c у томе, што је сад њена садржина или она иста учинба која је постојала већ по првој или нешто друго на место тога^d. Пренов се врши по рим. праву у путу стипулације,^e а по данашњем праву^f обичним уговором између оних лица, за која треба да постоји нова облигација^g, уз садејство или пристанак оног, који је са досадањем тражбином имао право располагања као поверилац^h, или његов заступникⁱ, но за овог последњег није довољно само овлашћење, да може у место повериоца примити исплату, плаћање^j. Осим тога тражи се јасно или неизрично исказана намера пренова (*animus novandi*)^k, даље намера, да се досадања облигација укине, а не да се поред ње друга нова створи.^l

Нова облигација може бити закључена између оних истих лица која су и до сад била, тако да се пренов

^a Dig. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 41. (42). ^b L. 1. D. h. t. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 176. ^c L. 1. §. 1. L. 2. 14. D. h. t. — L. 28. eod. L. 58. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 4. §. 1. D. de usur. 22. 1. d. §. 3. J. cit. L. 1. §. 1. D. h. t. срав. §. 232. ^e L. 20. pr. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. eod. L. 3. eod. ^f L. 20. §. 1. L. 34. §. 1. D. h. t. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. L. 16. 23. 25. D. eod. cf. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14. ^g L. 10. D. h. t. — L. 21. eod. L. 4. Cod. eod. — L. 14. L. 34. pr. D. h. t. ^h L. 8. Cod. h. t. §. 3 a. L. 16. 23. 25. D. eod. cf. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14. ⁱ L. 8. Cod. h. t. L. 58. D. de V. (§. 3.) J. l. c. cf. L. 2. 8. §. 1. 5. L. 28. 29. 31. pr. §. 1. D. h. t. L. 58. D. de V. O. 45. 1. L. 3. in f. Cod. h. t.

тиче само предмета или споредних одредаба или може битиⁱ само начина оснивања тражбине.⁶ Али може и тако бити, да други поверилац или други дужник ступи на место досадањег. Но оно прво не може бити без пристанка оног који има право на пренов^k, а ово друго може бити без садејства, па и без знања, досадањег дужника, просто тиме, што се неко други обвезује повериоцу у намери пренова^l, т.ј. у путу просте експромисије.⁷ Ако би досадањи дужник или поверилац исказао своју вољу тако, да се неко други место њега обвезује, онда имамо делегацију (замену),⁸ која је повод пренову, који се врши у виду новог обвезног уговора^m. Таква делегација може бити двојна на тај начин, да дужник упути са пристанком повериоца неког другог, који је у исто доба његов дужник, да се обвеже неком трећем, који је може бити поверилац овог последњег, тако да се испуњењем наредбе ниште у исто доба две или три облигације, које су до сад постојале.ⁿ

Пренов који има дејства ништи потпуно (*ipso iure*)¹⁰ дотадању облигацију, са њеним акцесорним правима^p, и за саповерице и садужнике^o, ако намера не би била ужег обима.¹¹

Прим. 1 Fein Beitr. z. d. L. v. d. Novation und Delegation. Jena 1850. Kniep Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngl. Obl. Wismar und Ludwigslust 1860. (о томе Windscheid у крит. Vjschr. II. стр. 242 и д. и Kuntze у Schletter's Jahrb. VIII. стр. 101 и д.). Römer d. bedingte Novation 1863. о томе H. Witte у крит. Vjschr. VI. стр. 39 и д.). Salpius Novation und Delegation nach R. R. 1864. (о томе Windscheid у крит. Vjschr. VI. стр. 463 и д. Witte тамо VIII. стр. 169 и д. 321 и д. Baron у Schletter's Jahrb. XI. стр. 198 и д.). Salkowski z. L. v. d. Novation nach R. R. 1866. (о томе Witte н. н. м. IX. стр. 475 и д.). Plu-

i §. 3. J. I. c. L. 2. 5. 8. §. 4. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 58. D. de V. O. 45. 1. §. 267. A. f. c. k not. e. g. 1 L. 8. §. 5. D. h. t. L. 91. D. de solut. 46. 3. m L. 14. 12. 17. 22. 33. D. h. t. L. 36. 80. 82. D. de iure dot. 23. 3. L. 21. pr. L. 33. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. n L. 18. 27. D. h. t. L. 8. pr. L. 15. eod. o L. 31. §. 1. D. h. t. §. 213. not. n.

cinski Z. L. v. d. Assignat. u. Deleg. Civ. Arch. LX. 7. Dernburg Pr. Pr. R. II. §. 62 и д. Gide études sur la novation et le transport des créances en droit Romain. 1879. (о томе Czyhlarz у Wiener Ztschr. VII. стр. 357 и д. Hölder у Ztschr. f. vergl. R. W. II. стр. 454 и д. Неуровски у крит. Vjschr. XXI. стр. 585 и д.) Brinz 2. изд. §. 282. 282a. 283. Hruza z. L. v. d. Novation nach österr. u. gemeinem Rt. 1881. (о томе Randa у Wien. Jurist. Bl. 1882. Nr. 2. 2. Krasnopolski у крит. Vjschr. XXV. стр. 19 и д. Strohal у Wiener Ztschr. X. стр. 410 и д.)

2 L. 1. D. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimitur... §. 1. Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu; qualisunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Једновремени пренов више облигација: L. 34. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 26. in f. D. h. t. Делимични пренов облигације? Fitting Correalobl. стр. 53 и д. прим. 57. — О природи пренова: стварање нове облигације из „правне“ или „имовне грађе“ старе облигације? в. Kuntze die Obligation стр. 242 и д. Römer die bedingte Novation стр. 3 и д. учинба којом се замењује плаћање стр. 20 прим. 4. Salkowski стр. 37 и д.; против Witte н. н. м. VI. стр. 43 и д. IX. стр. 485 и д. Windscheid Pand. §. 353. прим. 3б. Ваља ценити са гледишта in solutum datio? Fitting н. н. м. §. 9. Witte VIII. стр. 333 и д. IX. стр. 485 и д. против Kuntze-a н. н. м. стр. 190 и д. в. стр. 247. Salpius н. н. м. стр. 148 и д. Salkowski стр. 272 и д. в. Windscheid прим. 2. Karlowa Rechtsgeschäft стр. 233 и д. Brinz §. 282. нарочито прим. 8. 24. Hruza стр. 7 и д. и §. 4.

3 По старијем праву пренов се могао извршити и у путу literarum obligati-je, Gai. III. 129. 130. (но в. Salpius §. 15. 16.), даље у путу dotis dicti-je, Ulp. VI. 2. cf. L. 31. §. 1. i. f. D. h. t. L. 37. 82. 83. D. de iure dot. 23. 3.; у последњем случају довољно је било по новијем праву (L. 6. Cod. de dot. prom. 5. 11.) обећање без икакве форме. Случај novati-je у путу nuda-e pacti-je налази Römer bed. Novat. стр. 13 и д. и у L. 15. D. de reb. cred. 12. 1.; против тога Witte VI. стр. 45 и д. Windscheid §. 354. прим. 2. на крају. О новације услед парнице в. §. 271.

4 У новије доба има писаца који сматрају да је формалан уговор такав услов за пренов, да са тога тврде, да правог пре-

нова и нема у данашњем праву, у колико не би и данас какав формалан уговор, нарочито меница, био основ пренова. Gneist die formellen Verträge, стр. 148 и д. стр. 229 и д. Keller §. 277. на крају. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. стр. 119 и д. Baron Gesammtrechtsvh. стр. 384. Против тога Sintenis II. §. 105. прим. 2. Bruns у Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. стр. 116 и д. Kl. Schr. I. стр. 299 и д. Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 331. (civ. Schr. III. стр. 525 и д.) Römer н. н. м. стр. 341 и д. Witte VI. стр. 42 и д. VIII. стр. 339 и д. Windscheid §. 354. прим. 1. Karlowa н. н. м. стр. 260 и д. Hruza §. 9. Средину заузима Brinz §. 282. прим. 67. — О пренову у путу менице? в. Schauberg у Goldschmidt's Ztschr. XI. Abh. 4. Hruza стр. 92 и д. Feyerabend d. Fortbestehen der Civilschuld bei Ausstellung eines Wechsels behufs Haftung eines Dritten. Засебан отисак из württemb. Archiv f. Recht... XXI. Heft. 1. (1884.)

5 У модерној терминологији почела се разликовати novatio privativa и cumulativa, према намери, да се стара укине, да новој облигацији стара буде основа или не. Али само је оно прво прави пренов, а ово је друго „contradictio in adiecto“. Puchta §. 291. Тзв. novati-ju cumulativa означује згодније са изразом „акцесорном стипулацијом“ Bähr die Anerkennung стр. 46. 49. и д. В. Römer Abh. св. 1. № 1. Бринц је зове „трансакција“ §. 283. — У осталом има много правних писаца који држе, да је неопходно потребна изрична изјава animus-a novandi, на основу L. 8 Cod. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguities (cf. Gai. III. 178.) resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. §. 1. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνευ ζαυτόγητος (ἀνοβατεύτως Krüg.) (Graeci) dicunt, causa procedat; hoc enim natura libus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Cf. §. 3 a. (§. 3.) J. h. t.... Sed quum... dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definit, tunc solum fieri novationem, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit etc. Basil. XXVI. 4. cap. 42.

Срав. Vangerow III. §. 619. стр. 367 и д. 7. изд. „што многи старији и новији правници дозвољавају опет за то novatio tacita а оштампане законе (који се односе на ово питање) само тако разумеју, да нема вишег novati-je presumpta-e... то је то мњење, ван сваке сумње, врло паметно, али се одсудно не може сложити са речима Јустинијана“. Против тога Fein н. н. м. стр. 28.. 34, а против овога нарочито Grotefend у Linde's Ztschr. н. р. XII. 10. и Salkowski стр. 259 и д. Али ко ће н.пр. посумњати да нема пренова кад је жени делегиран дужник који промитира dotis causa, (прим. 3.), ма да то није изрично казано? В. Windscheid §. 354. прим. 15. Brinz §. 282. стр. 387. О пракси која се колеба в. Seuffert's Arch. IV. 106. VI. 175. 262. VII. 167. XIII. 17. XX. 122. — Срав. још Roever o L. ult. Cod. de novat. 8. 42. у Zeitschr. f. Rts gesch. XI. стр. 187.. 221 и Hruza §. 1.

6 По римском праву било је већ преобраћање у verborum obligatio само за се од значаја. По данашњем праву то је отпало и према томе је пренов међу истим лицима без икакве измене у опште без значаја, кад је преновљена облигација била и тужива, а није се може бити ишло на то, да се отклоне неке акцесорије (not. n.) Bruns н. н. м. Друго је питање, да ли ново обећање заснива облигацију без обзира на стварно постојање облигације, која се могла спорити само због недостатка каузе? Unterholzner I. стр. 624 и д. Bähr Anerkennung стр. 45. 48 и д. Römer bed. Nov. стр. 26 и д. В. Arndts у krit. Ueberschau IV. стр. 224 (civ. Schr. I. стр. 363). Kuntze н. н. м. стр. 257. Schlesinger Formalcontr. стр. 119. Bruns н. н. м. то би се питање могло поставити у општијој форми овако: зависи ли облигирајуће дејство пренова од консумирајућег дејства и обратно? В. о томе Windscheid II. §. 354. 356. Brinz II. стр. 371. 387. и д. Hruza §. 11. в. и однос код translatio legatorum §. 551. not. k. У погледу безусловног пренова условне обвезе одсудно је признато, да пренов нема никаквог дејства, ако би се ова последња осујетила. L. 8. §. 1. L. 14. §. 1. D. h. t. L. 21. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 41. D. de cond. et dem. 35. 1. Römer стр. 34 и д. То се објашњава претпоставком прећутног пренашања услова на стипулацију пренова, arg. L. 8. §. 1. cit. Али срав. Arndts н. н. м. (против тога Römer стр. 33. 38). Но с тим се неће да каже «да се не може назиравати, да се безусловно у опште стави на место условног». Unterholzner н. н. м. прим. a. Срав. Vangerow §. 619. прим. 1. стр. 368 и д. Windscheid §. 355. О обратном случају: условни пренов безусловне обвезе: Gai. III. 179. §. 3. J. cit. L. 14. pr. L. 24. D. h. t. L. 36. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 36. 37. 80. 83. D. de

iure dot. 23. 3. (прав. с тим §. 551. not. h.). Опширно говоре о томе Kniep и Römer н. н. м. прим. 1. Vangerow н. н. м. под № 2. и прим. 2. Windscheid §. 354. прим. 9. и 9. §. 355. на крају. Hruza §. 14. Muskat über d. Einfluss der bedingten Nov. auf d. ursprüngl. Ocl. 1882.

7 Данас се под експромисијом поглавито разуме пренов упути ступања новог дужника без делегације (прим. 8.). У римском смислу експромитира и нови дужник кога би делегирао стари дужник, па шта више и исти дужник према истом повериоцу (L. 20. D. ad. Sc. Maced. 14. 6. L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5.). Windscheid §. 353. прим. 8.

8 Делегација по себи није пренов и није јој увек пренов смрт. Delegare значи и упућивање дужника на неког другог коме ће платити (L. 7. Cod. h. t. cf. L. 21. D. h. t.), а не само упућивање да се неком трећем обвеже, а ово не претпоставља као неопходно нужно, да је онај који је тако упућен дужник оног који га упућује нити да је овај последњи дужник оног трећег и може се десити у најразличнијим смеровима, н.пр. ради поклона, установљавања каквог мираза (L. 2. §. 1. 2. L. 21. §. 1. D. de donat. 39. 5. L. 18. §. 1. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 11. Cod. de douat. 8. 53. (54.)). Дефиниција у L. 11. pr. D. h. t. (Delegare est vice sua alium reum dere creditori vel (ei), cui iusserit) и сувише је узана. Али нарочито се често дешава делегација у том облику, да дужник неког другог повериоцу или поверилац дужника неком другом упућује да се обвеже и с тога се под делегацијом разуме пренов који је услед тога извршен (L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 1. L. 17. D. h. t.). Онај који даје наредбу за то зове се делегант (упутилац), а онај који је упућен на то зове се делегат (упућеник), а онај коме се овај ваља да обвеже (или да плати) зове се делегатар (упутник). Но у једној прилици употребљава се делегар као актив од стране самог оног који се обвезује (L. 4. §. 1. D. de manum. 40. 1.). — Срав. у опште нарочито Thöl Handelsrecht 4. изд. I. §. 128., 132. 5. изд. I. 2. §. 333. и д. Salpius н. н. м. §. 18. и д. Bernstein de delegationis natura. Berol. 1865., која је већ 1864. штампана као инаугурална дисертација и као таква и браћена, те по томе независна од списка који јој претходи, али с којим се иначе у многом слаже у погледу разликовања делегације од пренова и ако не иле тако далеко у томе као овај последњи. Срав. Witte н. н. м. VIII. стр. 341 и д. Windscheid §. 353. прим. 9. Vangerow (7. изд.) §. 619. прим. 3. Brinz §. 260. 282. стр. 375 и д. Danz y dogm. Jahrb. XIX. 3. G. Schlesinger d. Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation mit bes. Berücksicht. der L. 19. D. de

nov. 1882. (о томе Hruza у Wiener Zeitschr. IX. стр. 604 и д. Schierlinger у krit. Vjschr. XXV. стр. 18 и д. Срав. још и спис од Данца die Forderungsüberweisung, Schulüberweisung und die Verträge zur Gunsten Dritter. Leipzig. 1886.

9 Н.пр. 1) А поверилац В-ов дужник С-ов делегира В С-у, тиме се ништи тражбина коју има А према В и С према А, а постаје нова облигација између В и С; 2) А дужник В-а, дужник С-а, који је опет дужник D-а, делегира В С-у, овај D-у или А делегира свог дужника В са пристанком његовог повериоца С одмах D-у, као повериоцу С-а, тиме се ништи тражбина А према В, С према А, D према С, а обвезује се В према D; 3) В дужник А, поверилац С-а, који је опет поверилац D-а, делегира дужника D његовог дужника С са његовим пристанком повериоцу А, тиме се ништи тражбина А према В, В према С, С према D, а обвезује се D према А. У тим случајима бива уништење свију дотадањих облигација, у колико би била на то управљена намера (cf. L. 45. §. 7. D. mand. 17. 1.) закључивањем nova-e obligatio. Thöl н. н. м. §. 135. и д. 5. изд. §. 340 и д. Hoffmann у Sell's Jahrb. III. стр. 396 и д. и Fein н. н. м. Но да ли се оне баш преновом ниште? или се то даје објаснити пре са гледишта плаћања („solvit et qui reum delegat“) или ослобађања? о томе в. Fitting Correalobl. стр. 51 и д. прим. 57. Römer н. н. м. стр. 53. Leistung an Zahlungsstatt стр. 93. и д. Bernstein pag. 44, sq. Salpius §. 18. Vangerow н. н. м. стр. 379.

10 О утицају пренова на дејства доцње в. нарочито Kniep н. н. м. стр. 31 и д. Römer bed. Nov. стр. 42 и д. Witte н. н. м. VI. стр. 48 и д.

11 L. 31. §. 1. D. h. t. Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum iudicium (in iudicia Hal. Vulg.) petentem totam rem in item deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem: ex quibus colligitur, unum quemque perinde sibi acquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quem id specialiter agit, eo magis, quam eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? Nam debitor ab utroque liberabitur.

Стр. Hasse *Güterrecht*, стр. 300 и д. Сасвим згодно поправља Huschke у Linde's *Zeitschr.* н. р. II. стр. 153 и д. *eundem* место *fundum* и *debitum* место *eum*; као што ће требати читати *liberare reum* место *liberare eum* и као што Baron *Gesammotrechtsvh.* стр. 320 предлаже *ab alio* чио место *ab aliquo*, но срав. Basil. XXVI. 4. с. 31. (Heimb. стр. 113) и Mommsen ad h. I. (Dig. II. p. 701.), који после *fundum* умеше *et sibi et alteri debentem*, и место *promiserit* назначује *remiserit*. Huschke н. н. м. заиста има право, кад вели, да се намера пренова може ограничити и само на измену односа појединог кореалног повериоца или дужника. Против тога је Savigny Obl. I. стр. 106, који држи да су речи *quum id specialiter agit* уметуте. Но нема права што употребљава против Хушкеа пример који овај наводи. Кад се код једне кореалне тражбине за једног повериоца преновом субституира тражбина у житу, то се отуда не може никако као неопходно узети, да су тиме поништено и све остale тражбине. На против то може имати тај смисао, да од гад само за једног повериоца постоји тражбина жита, ако би тај тужио, а за друге да постоји тражбина у новцу, но ако би се ма која тражила, да се тиме ниште и све остале. Срав. Helmolt Correalobl. стр. 142 и д. Rückert у Linde's *Ztschr.* н. р. XII. стр. 15. 35. и д. Baron *Gesammotrechtsvh.* стр. 319 и д. Против тога опет Vangerow §. 573. прим. 5. стр. 88 и д. Fitting Correalobl. стр. 49. Fritz у Linde's *Ztschr.* н. р. XIX. стр. 72 и д. Salikowski стр. 851 и д. Windscheid §. 295. прим. 5. Срав. Hruza стр. 128 и д. — О првидном сукобу између L. 31. §. 1. cit. ca L. 27. pr. D. de pact. 2. 12.: *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio?* Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est:* в. Vangerow III. п. II. м. Savigny Obl. I. стр. 173 и д. — Особити случај пренова обвезе алтернативног дужника имамо: L. 32. D. h. t. *Te hominem et (l. aut)* Seium decem mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: *quod te aut Seium dare oportet: utrumque novatur.* Paulus: *merito, quia utrumque in posteriorem deducitur obligacionem.* Huschke н. н. м. стр. 162 и д. Од тога ваља разликовати алтернативно обећање оног, што дугује један или други. L. 8. §. 4. L. 26. D. h. t.

§. 269.

b). Поравнање.

Поравнање, *transactio*^a, је уговор којим се иде на то, да се одклони неизвесност у правним потраживањима, обостраним попуштањем^b, од правог или замишљеног права. Ово је последње и онда, кад се истина једној страни призна потпуно њено право потраживање, али само уз давање какве друге користи с њене стране. Неизвесност може бити у већ наступљеној оспорености каквог правног потраживања^c, или у погледу такве оспорености или у томе, да обични потраживања зависи од неких неизвесних околности. Без такве неизвесности нема поравнања^d. С тога као такво не важи поравнање^e, које би било закључено о каквом правном потраживању које је решено каквом неоспорном пуноважном пресудом.^f

Поравнање може бити врло разне садржине. Због поравнања могу се извршити све могуће имовне промене и с тога се не може никако узети, да поравнање спада искључиво или поглавито у наук о облигацијама.^g У њему може бити потпуно или делимично признање или укидање каквог правног потраживања. Он може установити за једну или другу страну обвезу на извесне учинбе или их ставити ван спора. У колико би био последњи случај он производи тужбу за испуњење^h, по правилима о безименим уговорима (§. 235), ако се поравнање не би закључило по каквом другом одређеном уговору.ⁱ А у колико би у поравнању било напуштање какве тражбине или каквог њеног дела, он повлачи за собом потпуно или делимично ослобођење дужника од његове досадање

a Dig. de transactionibus. 2. 15. Cod. 2. 4. X. 1. 36. b L. 1. D. h. t. L. 38. Cod. h. t. c L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. f 2. 6. L. 2. Cod. h. t. d L. 8. D. h. t. e L. 12. Cod. h. t. f L. 23. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 7 pr. §. 1. L. 11. D. h. t. cf. Pauli sentt. I. 1. §. 5. L. 32. Cod. h. t. g L. 6. 28. 33. §. 1. (L. 34). 37. 39. Cod. h. t.

обвезе, као када би о томе решила пресуда¹. То се дејство свакако може остварити у путу ексцепције (*exceptio transactionis*, врсти ексцепције (*exceptio pacti conventi*), ако услед поравнања не би наступило какво поништавање облигације, које би јаче дејствовало. По данашњем праву од намере, оних који се равнају, а коју ваља сазнати из целокупне садржине поравнања, зависи, да ли ће се дејство поравнања ограничити на оно прво слабије дејство или се ишло на потпуно поништавање облигације², тако да је поништена и за саповериоце и садужнике.³

Поравнање се може оспорити због преваре⁴, и због непостојања оног што су они који се равнају, приликом његовог закључивања претпостављали као истинито⁵ и сигурно,⁶ али не и због доцнијег отпадања оне несигурности, која га је и изазвала⁷. Повреда поравнања утвђеног заклетвом повлачи, за оног који га је повредио, инфамију (бесчашће), — но в. горе §. 33. — и губитак оне користи коју би по таквом поравнању имао⁸.

Поравнање коме је смешено потпуно или делимично, поништење обвезе давања издржавања каквом лицу, на основу каквог наређења на случај смрти⁹, плаћањем извесне суме или каквом другом јединичном учинбом, захтева за своју важност судско одобрење, које ваља дати само по претходној оцени, кад је поравнање корисно за оног који има права на исто.¹⁰

Каквоста поравнања може се сматрати и споразум, по коме заклетва једне стране има да реши о каквом спорном правном потраживању (уговорна или конвенционална заклетва). Фактичном полагању такве

h L. 20. Cod. h. t. cf. L. 16. eod. cap. 1. de lit. cont. in 6to. 2. 3. i L. 16.
D. h. t. L. 17. 24. 36. Cod. h. t. cf. L. 28. eod. k cf. L. 2. 4. D. h. t. L. 3.
40. Cod. h. t. l L. 65. §. cit. 1. L. 4. 13. 19. Cod. h. t. m L. 3. §. 1.
L. 12. in f. D. h. t. L. 42. Cod. h. t. n L. 2. 19. 29. Cod. h. t. cf. L. 80.
(78). §. 16. D. ad Sc. Treb. 36. 1. o L. 41. Cod. h. t. §. 31. прим. 1.
g. E. zu e. p L. 7. §. 2. L. 8. D. h. t.

заклетве, којом се ствара *actio* или *exceptio iurisiurandi*^q, равна се по дејству оправштане примљене заклетве.⁷

Прим. 1 Срав. Risch die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluss des Eides und Compromisses nach gemeinem Civilrechte. 1855. Heimbach u Rtsl. XII. стр. 187.. 287.

2 О поравнању по пресуди в. Rudorff u Ztschr. f. geschichtl. Rtsw. XIV. стр. 334 и д. Thibaut u civ. Arch. VIII. 12. IX. 22. Vangerow §. 668. Risch н. н. м. §. 11. Windscheid §. 414. прим 6.. 9. Rich. Alexander-Katz der Vergleich nach rechtskräftigem Urtheile. Greifswald 1873. — Друго једно наређење које се овог питања тиче налази се у L-y 6. D. h. t. (Gai. lib. XVII. ad edictum provinciale). De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Cf. L. 1. §. 1. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. (Gai. lib. XVII. ad edictum prov.) Ratio autem huius edicti manifesta est; neque enim sine iudice neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Risch н. н. м. §. 14. в. Brinz 1. изд. стр. 139: „како спор о наслеђу пре отвореног тестамента ни мало није мање смешан од спора post rem iudicatam, ... то премештање сног места (L. 1. §. 1. cit.) није био „штур законодавни посао““ (Risch стр. 125). Heimbach стр. 235 и д. Windscheid §. 414. прим. 12. Brinz 2. изд. I. стр. 384 и прим. 32.

3 Срав. горе §. 80. прим. 2. 5. Risch н. н. м. стр. 12 и д. износи и објашњава разна мњења о месту које треба да заузме у правном систему, али се сам решава зато, да се стави у један ред са пресудом, према његовој главној тенденцији. Сличног је мњења и Brinz 2. изд. I. §. 109.. 111. Срав. Heimbach стр. 191 и д. Windscheid §. 413. и д. ставља поравнање у уговоре дуговања (Schuldverträge).

4 По римском праву могла је се и пр. закључити стипулација *transactionis causa*. Но може се замислити као производ поравнања и какав уговор куповине, уговор зајма и т. д. И сувише уско одређује садржину поравнања Savigny Obl. I. стр. 179, кад вели: да ће се поравнање схватити „као сложен посао, који је састављен из делимичног испуњења и делимичног оправштанја“. Поравнање може обухватити и потпуно испуњење или потпуно оправштанје, само кад уз то иде друга противучинба.

q L. 2. 5. §. 2. 4. L. 6. 9. §. 1. L. 31. in f. D. de iure iur. 12. 2. cf. L. 21.
D. de dolo. 4. 3. L. 13. Cod. de reb. cred. 4. 4.

5 По римском праву потпуно поништење облигације могло је бити у путу акцептирање, која је предузета ради поравнања, а кад је потребно било, и по претходно извршеном пренову not. k. §. 267. прим. 1. с. У осталом срав. Huschke u Linde's Zeitschr. н. р. II. стр. 161 са Savigny н. н. м. и Arndts y krit. Ueberschau II. 157. IV. стр. 230 (civ. Schr. I. стр. 12. 368.)

6 Срав. Bähr Anerkennung стр. 118, 2. изд. стр. 129 и д. но против тога опет Brinz 1. изд. стр. 139 и д. и Regelsberger u civ. Arch. XLVII. стр. 160 и д.; срав. и Risch стр. 163 и §. 26., а против овог опет Windscheid §. 414. прим. 4. Seufert's Arch. III. 323. XIII. 142. У стечају недозвољена поравнања: царев. пост. §. 168.

6^a У најевије време F. Pfaff у pract. Arch. н. р. XIII. 13. (recte: 7.) стр. 210 и д. хтешо би, да противно науку који влада то исто начело примени и на „издржавање, које би се оснивало на законској обвези“.

7 Windscheid §. 418. „уговор о пресуђујућој (главној) заклетви“ (Schiedseidvertag). О заклетви у суду понуђеној в. §. 115. not. f...l.; о дејству заклетве према саповериоцима и садужницима: L. 28. pr. §. 1. 3. D. de iurejur. 12. 2. Huschke u Linde's Ztschr. н. р. II. стр. 161. Baron Gesammtrechtsvh. стр. 376 и д. — Данас је оспорена дозвољеност вансудских уговорних заклетава. Sintenis §. 107. прим. 53. и д. 84. Holzschuher 3. изд. III. стр. 1066. Свакојако оне су данас ретке, а по појединим земаљским правима и изрично забрањене. Göschen §. 552. на крају.

§. 270.

с) Компромис.

Стране могу се међу собом тако сагласити, да какав њихов праван спор, у место суда, реши какво приватно лице, као изборни судија, arbiter, или више таквих лица заједнички^a. Такав споразум зове се компромис (уговор о изборном суду, Schiedsvertrag).¹ Такав споразум има дејство поравнања^a. Стране су узајамно обвезане, да се покоре изборном поступку и пресуди. Свака

^a Dig. de receptis: qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant 4. 8. Cod. de receptis (arbitris.) 2. 55. (56). X. de arbitris. t. 43. in 8to. t. 22. в. царев. грађ. пост. §. 854 и д.

је од њих, према оној која би повредила споразум, према приликама, заштићена тужбом или приговором. Ако би изборном пресудом поверилац био одбијен од свог тражења, потпуно или делимице, онда га он с тиме губи, јер се је он за тај случај истог одрекао у напред^b.

За важност компромиса тражи се: способност изабраног судије^c, примање^d, и прописно вршење дужности изборног судије.² Пресуда (arbitrium, laudum) захтева претрес и оцену ствари^e, и мора одређено^f, и потпуно^g, решити оне спорне односе, који су били предмет компромиса^h, нити сме у истој бити нечег што би било неморалноⁱ.^j Ако има више изборних судија, то се пресуда доноси већином гласова^k, или је, у случају подједнаког броја гласова, изриче њихов преседник, старепина (Obmann)^l, тзв. superarbiter, кога су већ у напред стране именовале или кога су тек изборне судије изабрале. Једном изречена пресуда не може се више изменити^m.

Компромис се може прекинути споразумом странаⁿ, и осим тога може престати са разних узрока.^o

Прим. 1 В. Windscheid §. 415.. 417. Daubenspeck die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden. Ein Beitrag z. L. v. Schiedsverträge. 1883. — По римском праву компромис се закључивао у путу узајамних испајајућих стипулација (poena или pecunia compromissa), којима се дакле на посредан начин осигуравао успех споразума (§. 211.), отуда и име: compromissum. L. 2. 11. 13. 28. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Али се налазе и ова одступања: а) непосредно стипулацијоно обећање (Stipulationsversprechen), признања изборне пресуде, без уговорања конвенционалне казне, по коме је постала actio ex stipulatu која је била управљена на мањак (Interesse). L. 27. §. 7. D. h. t. cf. L. 3. Cod. h. t.; б) компромис без стипулације или бар без узајамне стипулације, депоновањем

^b L. 13. §. 1. D. h. t. L. 5. pr. Cod. h. t. ^c L. 9. pr. §. 1. ^d L. 41. 51. D. h. t. L. ult. Cod. h. t. cf. cap. 4. 7. X. h. t. в. царев. грађ. пост. §. 858. d L. 3. §. 1. L. 13. §. 2. D. h. t. ^e L. 14. 24. §. 9. L. 27. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. D. eod. ^f L. 21. §. 2. 4. 6. L. 32. §. 15. 21. L. 46. D. h. t. cf. cap. 6. X. h. t. ^g L. 21. §. 1. 3. L. 32. §. 16. D. h. t. ^h L. 19. §. 1. L. 25. pr. eod. i L. 21. §. 7. eod. ^k L. 17. §. 7. L. 18. L. 27. §. 3. eod. cf. L. 32. §. 13. eod. cap. 2. in 8to. h. t. ^l L. 17. §. 5. 6. D. h. t. ^m L. 19. §. 2. L. 20. 2t. pr. eod. ⁿ L. 9. §. 5.. L. 11. pr. L. 32. §. 5. eod.

самог спорног предмета или предмета казне. L. 11. §. 2. D. h. t.; c) compromissum nudo pacto, узајмним условним pactum-ом de non petendo, кад обе стране имају узајмна потраживања; d) компромис без икакве форме (formloses Compromiss), без обећања казне или каквог другог осигурања, који је у случају изречене пресуде стварао само приговор; e) писмено закључени или у форми акта изјављени компромис, заклетвом потврђен. Овом последњем је тек Јустинијан дао то дејство, да ствара и тужбу која је управљена на испуњење изборне пресуде, L. 4. Cod. h. t. То исто дејство и без тога признато је за случај, кад би обе стране изречену пресуду признали својим потписом (тзв. laudum homologatum) или кад је ни једна од страна оспорила у року од десет дана. L. 4. §. 5.. L. 5. Cod. h. t. По данашњем праву мора се у сваком случају већ пристом уговору (einsachen Vertrage) дати потпуно обавезно дејство, ма да још и данас могу уз исти ићи и обећање казне и други облици, нпр. они под в. и с. — О дејству компромиса у погледу кореалних облигација в. Savigny Obl. I. стр. 192 и Kuntze die Obl. стр. 215 са §. 269. прим. 5. 7.

1^a Против тога Weizsäcker das röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis. 1879. О томе Brinz у krit. Vjschr. XXII. стр. 195 и д. Kohler тамо стр. 465 и д.

2 Примање дужности изборног судије зове се receptum sc. arbitrium. На испуњење примљене дужности може се изборни судија, ако га не извиђавају варочити основи, натерати преторским путем (exstra ordinem). L. 3. §. 1. sqq. D. h. t. cf. L. 32. §. 12. D. eod. Windscheid §. 417. У опште је недозвољен и без дејства према пот. с. компромис ако би узимао за судију жене, осим ако имају јурисдикцију, луде, глуве, неме, малолетне или оне који немају 20 година, страну која би и сама била умешана у спор. Царев. пост. §. 858. дозвољава „женама, малолетним, глувим, немим и лицима која немају грађанска права“ да такав позив одбију. У другим опет случајима рецептум не даје право на принуду избор. судије на вршење примљене дужности, али пресуда коју би одиста изрекао стоји. L. 3. §. 3. L. 4. D. h. t. cf. L. 9. §. 3.. 5. L. 10. 11. pr. D. h. t. У осталом, за изборног судију може се изабрати и јаван судија, па и онај који је и без тога надлежан за решавање спорног питања, cap. 7. X. h. t. Glück VI. стр. 70 и д. L. 9. §. 2. D. h. t. говори о iudex-y datus у смислу старијег римског права.

3 Неправилност пресуде није довољна па да се иста оспори L. 27. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Но срав. L. 31. 32. §. 14. 15. D. h. t. Многи дозвољавају нездовољство суду због тзв. laesio

enormissima и manifesta iniquitas на основу Ц. О. од 1594. §. 66., којим је дозвољено тражити ревизију компромиса царев. врховног суда (Reichskammergericht). Seuffert §. 377. Против тога Unterholzner I. стр. 655 прим. v. на крају. Seuffert's Arch. I. 217.

4 Такви су послови: a) одступање једне стране због непријатељства са изборним судијом или због долуса његовог или противне стране, L. 32. §. 14. D. eod. L. 31. eod. L. 3. Cod. eod. b) смрт једне стране, ако компромис није био распрострт и на наследнике, L. 27. §. 1 L. 49. §. 2. D. eod. c) лудило или стечај једне стране, L. 17. pr. L. 47. §. 1. L. 48. eod. d) истицање рока, L. 21. §. 5. 8. L. 32. §. 3. eod. e) смрт изборног судије или према приликама смрт само једног између више судија, L. 45. eod. cf. cap. 42. X. de off. iud. deleg. 1. 29. f) ослобођење судије од поверене му дужности, нпр. због старости, болести и других узрока, L. 15. 16. pr. D. h. t. g) пропадање спорног предмета, кад не би постала ни тражбина за мањак (Interesse) L. 32. §. 5. eod. Како је са компромисом по царев. праву в. Dernburg Pand. I. §. 166.

§. 271.

Д. Спором.

Тражбином од које је коначно (rechtskräftig) одбијен поверилац се не може више користити, а са оном која му је призната само у оној мери, која је пресудом утврђена. У толико може и правни спор повући за собом потпуно или делимично отпадање тражбине. Али у ствари то не треба схватити као престајање или промену тражбине, коју је изазвала пресуда, већ само као решење којим је коначно решено о постојању и садржини облигације за једну од страна (§. 116.) Са тог гледишта против садржина пресуде, у колико њена правна снага допире, не може се више употребити ни naturalis obligatio.¹ Правна сила пресуде простире се и на саповериоце и садужнике (§. 213),² у колико се не би тицала личних односа једне стране према каквој кореалној облигацији³. Али већ и сам почетак, правног спора може

a arg. L. 28. pr. §. 1. 3; L. 42. §. 4. 3. D. de iure iur. 12. 2. cf. L. 4. §. 3. L. 19. D. si serv. vind. §. 5.

имати утицаја на облигацију,³ у томе што је код алтернативне (бирљиве) облигације поверилац који је имао право избора ограничен на предмет у тужби означен^б, а код активне кореалне облигације у томе, што дужник, кога је један од поверилаца тужио, не може више према оним осталим испунити своју обвезу^с, и према томе, што мора бити заштићен и против њихове тражбине, у колико онај први не би одустао од тужбе.⁴

Прим. 1 B. L. 13. D. quib. mod. pign... solv. 20. 6. Si defrente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. — L. 26. D. de cond. indeb. 12. 6. Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. L. 60. pr. eod. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. L. 50. §. 2. D. de pecul. 15. 1. „naturalis obligatio, quam etiam servus suspicere videtur, in litem translata non est“; cf. L. 27. D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. — О разним мњењима в. као бранице даљег постојања naturalis obligatiјe: Savigny V. стр. 376. 387. и д. и Obl. I. стр. 81 и д. Fein у civ. Arch. XXVI. 7. 13. Schwanert Naturalobl. стр. 439 и д. Brinz 2. изд. §. 110. 220. прим. 27.; као противнике њихове: v. d. Pfördten у civ. Arch. XXIV. 4. Flach у Linde's Ztschr. XIX. 12. Wächter Erörtr. III. стр. 135 и д. — Puchta §. 293. „Но дејство res iudicat-e не иде даље од дејства excepti-je rei iudicatae, са којом се и остварује, она се може употребити само према лицу, за које је садржина пресуде истини, а неспособна је за заснивање тужбе. То непотпуно поништавање облигација (и ништа више) ваља разумети, под изразом, да у том случају преостаје naturalis obligatio“. Срав. још Scheurl у Heidelb. Zeitschr. I. стр. 509 и д. и у krit. Vjschr. VI. стр. 525 и д. Bekker proc. Consumtion стр. 285. и д. Pfeiffer у civ. Arch. XXXVII. стр. 257. XXXVIII. стр. 331. и д. и против ових Wind-

^б L. 19. D. de legat. II. L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. ^с L. 2. 16. D. de duob. reis. 45. 2. L. 5. in f. D. de fideius. 46. 1. cf. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 57. §. 1. D. de solut. 46. 3.

scheid die Actio. стр. 88 и д. Pand. §. 129. прим. 7. — Посебице о replicatio rei iudicatae на супрот приговору компензације: L. 7. §. 1. D. de compens. 16. 2. L. 7. (8.) §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. Savigny Obl. I. стр. 92. Seuffert's Arch. VII. 299. 300. Bekker стр. 126. 287. Windscheid. Pand. §. 130. прим. 21. — Уз L. 60. cit. Voss у civ. Arch. LVIII. 11. стр. 360.. 378. E. Jüngling Natur. obl. nach erfolgter Freisprechung. Greifswald. 1874.

2 B. §. 269. прим. 7. Но против тога Kuntze d. Obl. стр. 210. и д. Fitting Corealobl. стр. 71. 254 прим. 264. против њих опет Dvorzak у krit. Ueberschau IV. стр. 67 и д. Fritz у Linde's Ztschr. и. р. XIX. стр. 106. и д. Baron Gesammtrechtsvh. стр. 372 и д. Windscheid §. 295. прим. 8.

3 По старијем праву литисконтестација је повлачила за собом формално поништавање досадање облигације (§. 113. прим. 3.), што се називало novatio necessaria у противности према voluntaria novatio (§. 268.), arg. L. 29. D. de novat. 46. 2. cf. L. 86. 87. D. de R. J. Puchta §. 283. 292. Windscheid §. 124. прим. 1 §. 356. Brinz 2. изд. §. 95. Baron §. 267. У новијем праву то је отпало, али су остала појединачна дејства литисконтестације, која су раније отуда и изводила, али која су и са упутарњих разлога оправдана (not. b. c.). Savigny VI. стр. 277 и д. 307 и д. Wächter Erörtr. III. стр. 38 и д. 115 и д. Sintenis §. 105. прим. 2. Овде спада још по Јустинијановом праву и то, да се дужник ослобађа, кад се поверилац са другим упусти у спор (item contestirt), у намери, да тај други сасвим ступи на место оног првог, L. 23. D. de solut. 46. 3., према чему је могла бити делегација и per litis contestationem у место у путу стипулације, L. 11. §. 1. D. de novat. 46. 2. (§. 254. на крају). По данашњем праву то није од значаја нити се узима у обзир, јер ће у овом случају увек претходити пренов у путу уговора са новим дужником, за шта није више потребна стипулација. А да се дужник обвеже цесионару за то и по римском праву већ није била потребна литисконтестација (§. 256.). A. Rennicke у Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Röm. Abth. стр. 48 и д.

1 L. 16 D. 45. 2. Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit. Cf. L. 2 in f. D. de duob. reis. 45. 2. „ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.“ Другог су мњења у погледу овог става Wächter стр. 58. и Savigny Obl. I. стр. 183. прим. f. Дужника ваља да сваки од поверилаца тужи за целу тражбину, али платити мора само једном од њих. Природи односа такво схватање заиста не одговара и с тога није оправдано казати, да је увршћавање L. 16.

cit. у компилацију, који сасвим одређено противно вели, праста и беззначајна омашка компилатора. L. 57. §. 1. D. 46. 3. односи се истина у првом реду само на adiectus-a scolutionis causa: Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. Али он је у погледу могућности да се њему плати, да се према њему испуни тражбина, врло сличан correus-y stipulandi. Bekker Consumtion str. 11. Fitting н. н. м. стр. 69. и д. 191. 251. Fritz н. н. м. стр. 98 и д. Vangerow III. стр. 92. Windscheid §. 296. Другог је опет мњења Вагон н. н. м. стр. 366 и д. Он мисли, као и Бекер (Bekker), да је тужба осталих саповерилаца консумирања услед литеисконтестације једног међу њима, али и после тога признаје да још постоји naturalis obligatio дужника и према оним другим, тако да се још и тада скупна облигација (Gesammtobligatio) ништи испуњењем њеним. Он јако наглашује израз „offerendo“ у L. 16. cit. и у њему налази само израз тога, да дужник који по-нуди испуњење неком другом од поверилаца а не оном који је тужбу подигао тиме не изазива mora accipendi, нити се тиме ослобађа од mora solvendi према овом последњем (nihil agit). То ми се објашњење чини и иепотпуно и извештачено. Тужени одговара тужиоцу за id quod is habiturus fuisse, si statim solutum esset и сад како he се моћи ослободити од тражбине тужиочеве дужник тиме, што he по својој вољи платити (испунити) скупну обвезу (Gesammtobligatio) према неком другом и тиме поништити и тзв. посебну облигацију (Sonderobligatio) тужиоца? На који ће начин и код самог strictum iudicium-a, у коме формула кондемнације која гласи на тужиоца изгубити своју силу услед таквог плаћања? То би значило, да се благо изразим, правило Сабинијанаца „omnia iudicia absolutoria esse“. (Gai. IV. 114.) применљивати са прокулејанско строгошћу. На против мора се рећи: с тога што би било противно и правди и строгом праву, да тужени може осујетити по својој вољи већ постављено правно потраживање тужиоца, није дозвољено и не може више тужени post litem contestatam да се плаћањем другом повериоцу ослободи од онога који га тужи, као год што се код популарних тужбаха не може ослободити плаћањем заслужене казне неком другом суграђанину. И баш с тога се он мора заштитити не само процесуалне консумације (§. 113.), већ и ex aequo et bono према тражбини другог повериоца, па с тога му није више обвезан ни naturaliter. Ово важи и за Fitting-а стр. 69.

§. 272.

Е. Условом и роком.

Ако је каква облигација закључена под раскидним условом, то се са наступањем тог условия сматра, као да није била ни закључена^a. Ако је трајање какве облигације ограничено на извесно време (ad diem, certum или incertum), онда је дужник са наступањем крајњег рока заштићен према тражбини са приговором (exceptio doli или pacti), ма да је цивилно право постављало правило: ad tempus obligationem constitui non posse^b. Другаче ће бити, ако су извесни облигаторни односи, из којих може потећи низ поједињих тражбина, н.пр. најам, ортаклук, везани за такав рок. У том случају облигатор односи који су извор тих поједињих тражбина престају са наступањем крајњег рока, а она прав. потраживања која су до тада из истих потекла постоје и даље. Утврђивање таквог крајњег рока може бити остављено и на хоћењу једне стране, која тада њеним отказом изазива престанак облигаторног односа.

§. 273.

F. Отпадањем субјекта облигације.

Смрт повериоца или дужника сама по себи повлачи за собом само по изузетку престанак облигација, јер оне по правилу прелазе на наследнике и друге универзалне последнике (§. 104).¹ Но облигација мора неминовно престати онда, кад се тражбина и обвеза стеку у једном лицу т.ј. кад наступи стапање (конфузија), дакле нарочито онда, кад постане наследник дужника или обратно^a. Ако би то било

^a L. 71. прим. 5. 6. §. 249. ^b L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 56. §. 4. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 44. §. 2. D. de O. et A.

¹ a L. 75. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 60. (58). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. L. 87. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2.

делимично онда и облигација престаје делимично^b. Но ако би поверилац наследио неког од својих кореалних дужника или би овај оног наследио, то тиме не престаје обвеза осталих садужника^c. Но с тиме им се не може одузети ни њихово право на поделу тражбине, које им је према повериоцу припадало (§. 215.) ни право на делимичну накнаду, која би им као ортацима или саког другог правног основа припадала према досадањем садужнику (§. 213).^{2,3}

Прим. 1 Ако дужник не остави по себи никаквих наследника, то могу или његови повериоци тражити намирење њихово из његовог заосталог активног имања по §. 226..228. или ће заоставштина са тражбинама и дуговима прећи на фискус (државну благајну) или извесна друга лица као пусто имање по §. 608..610. Ако дужник не може да има свог имања и с тога ни наследника, то онда разуме се морају престати његовом смрћу и његове обвезе, у колико за њих неко не одговара. L. 11. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 1. § 14. D. depos. 16. 3. L. 95. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. §. 247. Али таквих случајева већ нема више у новијем праву (§. 469.). Застарели су и други случаји, у којима се облигација по старијем праву отпадањем обвезног као услед смрти ништила, (§. 28. 56. прим. 3. §. 121. прим. 2.). Windscheid §. 359.

2 Срав. a) L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercedit, aut quod est verius, solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem. b) L. 71. pr. eod (Paul. lib. IV. quaest.): Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipiebatibus ita, ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit; Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat: mandator allegabat, se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisse, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse; quamvis enim, iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur, tamen, ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non

b L. 24. 50. D. de fideiuss. 46. 1.

c L. 74. pr. D. de fideiuss. 46. 1.

potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duore promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est; ac si soluta fuisse pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione? Et puto: aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam, sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari, et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competitur ei exceptionem doli mali, si cooperit conveniri: cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerint, posse creditorem agere. Quodsi creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditoris, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum. — „То што Паулус у томе одломку разлаже у погледу пасивних кореалних облигација, мора се потпуно применити и на активне“ и то без иакве сумње по Vangerow-у §. 573. прим. 5. (7. изд. III. стр. 94), а и по Savigny-у Obl. I. стр. 196 прим. z. „нема никаква повода за сумњу“ (в. и Mühlensbruch §. 479. прим. 3. §. 493. прим. 8. Unterholzner I. стр. 568 и др.), али је то опет за то оспорено. Arndts у Rtslex. IV. стр. 19. прим. 140. (civ. Schr. II. стр. 25). „То значи толико исто колико за онолико колика је вредност кореалне тражбине просто смањити наслеђе или имање наследника, а такво дејство не треба да има confusio. L. 41. §. 2. D. de evict. 21. 2. Quum debitor creditori suo heres extiterit... intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur tanquam ipsa hereditas heredi solverit. По горњем назору hereditas не би била maior, кад би тестатор имао кореалну тражбину према наследнику, а наследник који би имао кореалну тражбину према тестатору изгубио би је и било би само у корист саповерилаца minus in hereditate habere“. Ако би се дејство стапања (конфузије) сводило на претпоставку измирења самог себе, L. 50. cit. Kuntze стр. 217 и д.), то се не може увидети, зашто кореални поверилац, који дужника наслеђује, не би могао осталим саповериоцима рећи, да је скупна тражбина већ престала плаћањем самом себи (Selbstzahlung), разуме се, не дијрајући његову делимичну обвезу на накнаду, где би она била основана, да је наступило фактично примање плаћања (Zahlungsempfang). За ово се, истина са других

разлога, изразио једино Fitting Correalobl. стр. 203 и д., а против тога Samhaber Correalobl. стр. 136. и д. Fritz у Linde's Ztschr. и. р. XIX. стр. 76 и д. Вагон н. н. м. стр. 355 и д. Windscheid §. 295. прим. 9. То је спорно питање од мале вредности, јер ће се тешко десити активна кореална облигација, код које не би било права на накнаду између саповерилаца. Но претпоставимо А или В-у завештана је каква ствар у смислу L. 16. D. de legat. II. Међу тим А постао наследник оптерећеног наследника. Зар сад он нема права, да В-у који тражи легат одговори, да он има на легат толико исто права колико и В? Замислимо још тај случај, да је А принуђен да прими наслеђе и да је цело наслеђе реституирао.

3 Стапање (конфузија) зове се и стицање главног дуга и јемачког дуга у једном лицу, којом приликом престаје и овај последњи дуг, ако не би био јачи од првог. L. 5. 14. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. Ако би међу тим дужник наследио садужника, поверилац саповериоца, то онда у том случају не наступа стапање (конфузија). L. 5. cit. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. I. 93. D. de solut. 46. 3. Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod, si intendat dari sibi ораторе, vel ideo dari оportet ipsi quod heres extitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est huius rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine au hereditario experiat, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi et alter alterum heredem scripsit, non confunditur obligatio (Flor. confund. obl.). §. 2. Sed (et) si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio, et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quotiens duas sint principales, altera alteri potius adiicitur ad actionem, quam confusionem parere (videatur Hal.). §. 3. Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat. B. Mommsen Dig. II. p. 716.

g. Отпадањем садржине облигације.

1). Услед немогућности испуњења.

§. 274.

a). У опште.

Облигација престаје, кад је и у колико је (§. 253) њено испуњење случајем т.ј. без кривице обвезаног (§. 250.) онемогућено^a, осим ако није због доцње^b, или по нарочитом утврђењу^c, заснована одговорност и за сам случај. С тога облигација која је управљена на какав индивидуално одређен предмет престаје, кад тај предмет пропадне без кривице обвезаног^d, а ако је обвеза управљена на давање предмета одређеног само по врсти, онда је њено испуњење увек могуће^e, и ако су дужнику ствари те врсте пропале.^f Алтернативна (бирљива) облигација престаје са овог основа тек онда, кад су све бирљиве учинбе постале немогуће^f, било да је поверилац имао право избора или дужник.^g

Прим 1 Срав. у опште Fuchs zur Lehre vom periculum bei Obl. у civ. Arch. XXXIV. 5. 10. 17., Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht I. стр. 228 и д. и о томе Windscheid у Heidelberg Ztschr. II. стр. 106 и д. 126 и д. Hartmann die Obligation. Abschn. 2. стр. 117 и д. Hesse у civ. Arch. LXI. стр. 258 и д. Brinz 2. изд. §. 276.. 278. Hartmann Juristischer Casus und seine Prästation bei Obl. auf Sachleistung insbes. beim Kauf, у dogm. Jahrb. XXII. 4. стр. 417 и д. На то се односе оба она правила: Species perit ei cui debetur, или: Debitor speciei

a L. 23. i. f. D. de R. J. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 92. 98. §. 8. D. de solut. 46. 3. cf. L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. b L. 23. D. de V. O. 45. 1. §. 251. not. d. e. прим. 2. c §. 3 a. (§. 3.) J. de emt. vend. 3. 23. L. 78. 45. 1. §. 251. not. d. e. прим. 2. d §. 2. J. quib. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 9. §. 2. D. locati. 19. 2. e L. 1. §. 4. cit. L. 42. D. de V. O. 45. 1. L. 9. Cod. de act. pign. 4. 24. f L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 10. in f. de iure dot. 23. 3. g L. 2. §. 3. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 32. pr. D. L. 41. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 32. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 16. pr. D. de V. O. 45. 1. — L. 33. §. 4. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3.

liberatur interitu rei; и: *Ger us perire non censetur.* Један случај примене овог последњег правила имамо L. 11. Cod. si cert. pet. 4. 2. у ставу: *Incendium aere alieno non exuit debitorum.* Погрешно је правило: *Casum sentit dominus.* Wächter у civ. Arch. XV. 6. 9. и у његову Beurtheilung des Entw. eines bür. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen стр. 128 и д. Pand. II. стр. 424 и д., в. Mommsen н. н. м. стр. 237 и д. 248 и д. али и Brinz §. 277. Nr. 4. Има више истине у правилу: *Casus a nullo praestantur.* О спису Хартманову в. J. Merkel krit. Vjschr. XXVII. стр. 200 и д.

2 Овде долазе још у обзир: а) могућност избора између још преосталог предмета и вредности пропалог? L. 2. §. 3. D. 13. 4. (Ulp. lib. 27. ad edictum)... Cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdui ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. L. 47. §. 3. D. de legat. I. (Ulp. lib. 22. ad Sab.) Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absensis aestimationem; totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestate(m) ambo redirent, sed si vel alter, et vel ipsum vel absensis aestimationem praestandum. б) Утицај (доцње) море или кулпе дужника? L. 47. §. 3. cit. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3. Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. §. 1. Quodsi promissoris fuerit, electio, defuncto altero, qui superest aequi peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non aliis peti potest, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilius, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, dolus actio non immerito desiderabitur. с) Утицај доцње (море) или кулпе повериоца? L. 105. D. de V. O. Stipulatus sum, Damam aut Erotrem servum dari; cum Damam dares, ego, quoniam acciperem, in mora fui; mortuus est Dama: an putes, me ex stipulatu actionem

habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quoniam id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Stichum aut Pamphilum promisi Titio; quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quae situm est de actione legis Aquiliae. Respondi: quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quantus igitur fiet aestimatio? utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam (Hal.: num) pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? (на овом месту сва издања corpus iuris осим Момзеновог стављају запету или тачку и запету, у место знака питања, што је сигурно погрешно). Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse (§. 324.). — У опште в. Vangerow III. §. 569. прим. 2. Mommsen стр. 308 и д.

§. 275.

б). Посебице код двостраних облигација.

Код ових облигација, у погледу обостраних обвеза, примењује се правило у претходном §-у исказано. Ако је једној од страна без њене крвице испуњење њене обвезе било немогуће, то друга страна не може за то од ње тражити накнаду за то. Но настаје питање, да ли онај који је у том положају и поред тога има права, да од друге стране могућу противучинбу тражи или да ли може оно што је примио као противучинбу задржати? На то питање ваља одговорити са може у погледу оних двостраних облигационих уговора, потпуно обавезних са простим саизвлењем, (Schuldverträge), који су управљени на давање какве ствари (Sachleistung), које је после закљученог уговора постало немогуће*. «Као год што у

a L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de periculo. 18. в. §. 71. прим. 3. 6. L. 6. Cod. cod. 4. 48. cf. L. 13.. 15. (12.. 14). D. de peric. L. 33. D. locati. 19. 2. —

случају, кад се одмах испуни обвеза, једна страна не губи оно што је примила, за то што је оно што је она с њене стране дала код друге стране пропало, тако исто и праван застој у испуњењу не може имати другог дејства, дужник се ослобађа а добија противучинбу^a. А што је „у случају кад се обвеза одмах испуњава по праву, то треба да по праву остане и онда, кад се деси правно одлагање учинбе и то тим пре, што је промитент од тренутка перфектног (свршеног) уговора изгубио и слободно распологање над својом ствари^b.“ Но ако би противучинба била накнада за употребу каквог предмета за неко време, као код најма, то право на противучинбу траје и даље, за време докле траје тај случај, ако би онај који је обвезан на исту услед неког случаја који се њега лично тиче био спречен у употреби^b, али не и онда, када је спречен у употреби због неког случаја који се тиче самог предмета^c.

Прим. 1 Puchta § 302. not. f. и Vangerow 7. изд. III. стр. 211. — У римском праву то је јасно признато у погледу уговора куповине: в. not. a., нарочито L. 34. §. 6. cit. *Si emtio ita facta fuerit: est mihi emtus Stichus aut Pamphilus, in postestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est, et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emtoris vixit.* Idem dicendum est etiam, si emtoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet. Но врло су разна мњења о томе, са кога је разлог то правило код куповине усвојено и према томе у колико се може применити и на друге двостране облигаторне односе? Wächter н. н. м. стр 189 и д. Vangerow §. 591. прим. IV. стр. 207 и д. Fuchs н. н. м. стр. 112 и д. Mommsen стр. 329. 345 и д. и Erörtr. I. стр. 29 и д. Windscheid н. н. м. стр. 135 и д. и Pand. §. 321. прим. 16.. 19. Keller у Bekker's Jahrb. IV. стр. 364 и д. Jhering у dogm. Jahrb. III. стр. 462 и д. Goose тамо IX. 2. Stintzing

^a arg. L. 19. §. 9. L. 38. D. locati. 19. 2.

е L. 9. §. 1. 4. L. 19. §. 6.

L. 30. §. 1. L. 33. D. eod. cf. L. 15. 27. eod.

тамо X. стр. 195 и д. Fr. Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870., који јако критикује тај став, као нешто што је особено римском праву, а противно природи двостраног уговора и данашњем правном схватању. Срав. нарочито за ова три последња списка Regelsberger у krit. Vjschr. XIII. 4. стр. 90 и д. Schirmer z. L. v. d. periculum casus bei Obligationen Ztschr. f. Rechtsgesch. X. (1871.) стр. 70 и д.; Gelbke zum Periculum beim Kauf, у civ. Arch. LIX. 12. Brinz 2. изд. II. стр. 319. Bechmann der Kauf I. стр. 591 и д. II. стр. 99 и д. Hartmann dogm. Jahrb. XXII. стр. 441 и д. — Код безимених уговора за то је правило по римском праву, већ по самој њиховој особеној природи (§. 235.) било врло мало могућности за примену. Али како је та њихова особена природа отпала у данашњем праву настаје питање, да ли их у овом погледу, према њиховој садржини, ваља изравнati са уговором куповине? Fuchs стр. 388 и д. Mommsen стр. 387 и д. Windscheid §. 321. прим. 18. 19. Vangerow н. н. м. стр. 208 и д. — Новија законодавства, па и аустр. закон §. 1048.. 1051. 1064. в. Hofmann §. 11. 17.. 24. одступају од римског права. Шта би требало о томе узаконити: Reatz zur Lehre vom casuellen Untergang obligatorischer Rechte у Linde's Ztschr. n. F. XV. 11. B. Lang Krit. des bayer. Entw. II. стр. 75 и д. Arndts у d. krit. Vjschr. V. стр. 175 (civ. Schr. III. стр. 508 и д.) Hofmann §. 14. Све покушаје, да се оно правило објасни и оправда брижљиво је сабрао, прокритиковао и оценио, да не могу опстати Puntschart Fundamentale Rechtsverhältnisse стр. 5—30, §. 2. У §. 3. Р. је показао, „да горње правило не само није апстрактрано из целе области двостр. облигација, ни из свију врста куповине, већ ни из свију случајева куповине какве специје и да са осталим одредбама о послу куповине стоји у супротности“. У тој својој књизи, која се одликује исприном употребом литературе и извора, као и новим погледима на ствар, Р. је отишао даље од Хофмана, и одбације оно правило не само *de lege ferenda* већ и *de lege lata*. Perfecta emtio постоји тек онда (L. 8. pr. D. h. t. 18. 6.) кад постоји безусловна и неодложена petitio. Опасност прелази на купца чим је ствар предата или је продавац готов на предају, па је иста због купца изостала. Права тога accip. није потребна, само се одлагање предаје може свести на купца. Јак доказ за то мњење дају L. 13.. 15. D. h. t. и још друга нека места, док је објашњење L. 8. pr. D. h. t. нешто натернуто, а L. 11. §. 12. D. quod VI. 43. 24. и §. 3. J. 3. 23. противни су му директно. Свакојако његова излагања заслужују потпуну пажњу *de lege ferenda*.

2 Тада је став утврђен за најам ствари (not. c.), али је спорно, шта ће бити са противучинком за обећану послугу или рад, па онај који се обвезао са неког случаја који се тиче њега лично не узмогне је испунити? В. а) L. 15. §. 6. D. loc. 19. 2. Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperebat, repe- teretur (repeteret), rescriptum est ab Antonino Augusto, non imme- rito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repeteret, quum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter obser- vandum est. б) L. 19. §. 9. eod. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est“. §. 10. Papinianus quoque lib. IV. respons. scripsit, diem functo legato Caesaris, salarium comitibus re- residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt (cf. L. 4. D. de off. ad sess. 1. 22.). в) L. 38. eod. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere de- bet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. §. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. д) L. 1. §. 13. D. de extraord. cogn. 50. 13. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. На основу последњег неки признају и самом спреченом право на тра- жење противучинке нпр. Mühlenbruch §. 365. прим. 8. 10. Fuchs н. н. м. стр. 403 и д. Други мисле, да је то изузетно на-ређење за адвокатску награду. Vangerow н. н. м. стр. 215. Puchta §. 302. not. h. Mommsen н. н. м. стр. 353 и д. и уз то Windscheid н. н. м. стр. 138 и д. Lang н. н. м. стр. 81 и д. B. још Brinz н. н. м.

§. 276.

2). Услед других околности.

Када за повериоца отпадне сваки интерес за испу- њењем облигације, онда ова тим самим престаје^a. Ако поверилац оно што има да добије бесплатно (*ex causa lucrativa*) добије другим начином, опет бесплатно,¹ то

^a L. 95. 97. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 32. D. locati. 19. 2.

отпада тражбина^b. Престанком главног дуга престаје сама по себи и споредна тражбина јемаца^c, ако ослобођење главног дужника није наступило услед какве против-правне радње акцесорно обvezanog.²

Прим. 1 Правило о тзв. *concursus-y causarum lucrativi- varum* (not. b.) налази се у L. 17. D. de O. et A. 44. 7. Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. W. Sell über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch con- cursus duar. caus lucrat. Zürich 1839. Mommsen Beitr. I. стр. 255 и д. III. стр. 413 и д. C. Schmidt Diss. quid sit quod vulgo dicitur duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse? Berolini 1858. исти у dogm. Jahrb. XX. 9. стр. 411 и д. Windscheid Pand. §. 360. прим. 3. и д. Arndts у продужењу Гликовог ком. Bd. 46. стр. 249.. 343. Hartmann d. Obl. од. I. стр. 3.. 114. паралела са стицајем тужаба: стр. 66 и д. и Brinz 2. изд. II. стр. 461, који с правом примењује, да је несагласност више лукративних основа стицања ствари предања, а не претреса и разлога (стр. 464). Другаче Wächter II. стр. 428, који на против мисли, да су је римски правници извели из саме природе ствари. О примени правила код кореалних облигација: Fritz y Linde's Ztschr. н. р. XIX. стр. 69. Baron Gesammtrechtsvh. стр. 334.

2 В. §. 357. прим. 4.

§. 277.

Н. Кривицом повериоца и застарелошћу.

Тражбина се за казну може изгубити недозвољеном самопомоћи^a, недопуштеном цесијом^b, и прећуткивањем тражбине при примању старалаштва над дужником^c.

^a b §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. 7. 8. L. 82. pr. §. 4. 6. L. 108. §. 4. D. de legat. I. L. 73. 87. pr. D. de legat. II. L. 24. §. 1. D. de legat. III. L. 17. 19. D. de O. et A. 44. 7. L. 83. §. 6. L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 12. §. 18. D. de captiv. 49. 15. ^c L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. Cod. eod. 8. 40. (41). L. 43. D. de solut. 46. 3. ^d L. 88. D. de V. O. 45. 1. L. 95. §. 1. i. f. D. de solut. 46. 3. L. 32. §. 5. D. de usur. 22. 1. cf. L. 19. D. de dolo. 4. 3.

^a §. 94. not. d...g. ^b §. 258. прим. 3. cf. §. 259. not. c. ^c Nov. 72. cap. 4.

На послетку, поверилац може изгубити своју тражбину тиме, што је пропустио, да подигне на време тужбу, у толико што сад њеном остварењу стоји на супрот приговор застарелости.

Прим. 1 У погледу питања, докле иде дејство застарелости тражбене тужбе (§. 111.) постоје два главна мњења: а) и поред застарелости преостаје *naturalis obligatio*, са свима њеним редовним дејствима, које у новије време, поред осталих, бране Francke *civ. Abh.* № 2. стр. 73. Guyet у *civ. Arch.* XI. 5. Savigny *Syst.* V. стр. 366. . 407. Obl. I. стр. 96 и д. Puchta §. 92. и Предав. (4. изд.) I. стр. 211 и д. 471 и д. (Дод. VI.); б) застарелост нипак потпуно облигацију, заједно са свима дејствима једне *naturalis obligati-je*, које бране, између осталих, Löhr у *civ. Arch.* X. стр. 72 и д. Heimbach у Linde's *Ztschr.* I. 22. *Vermehren* тамо II. 9. Büchel *Civilr. Erörter.* I. стр. 1 и д. Dahn über d. Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen. München 1855. Vangerow I §. 151. Sintenis §. 311. прим. 57. Windscheid *Pand.* I. §. 112. прим. 3. . 5. в. §. 350 прим. 2. Wächter I. стр. 551 и д. Средња мњења: а) преостаје истина *naturalis obligatio*, али се она не може употребити за компензацију, према тражбинама дужника које су доцније постале: Mühlenbruch §. 481. прим. 16. и д. Unterholzner *Schuldverhältnisse* I. стр. 528 и д. 557, срав. његов спис *Verjährungslehre* II. стр. 258 и уз то Schirmer у 2. изд. II. стр. 293. и д. 300. прим.; или се не може као основ за јемство употребити: Keller *Pand* §. 89.; или само у толико дејствује, у колико раније установљена зајдна права и јемства још стоје и јамче: Bekker у *Jahrb.* IV. 14. Schwanert *Naturalobl.* §. 22. стр. 452 и д. β) само код оних потраживања, која се оснивају на преторском или едилском едикту и која су везана за извесан рок, не остаје по истеку тог рока ни природна облигација. Unterholzner н. н. м. arg. L. 1. §. 3. D. quando annalis. 15. 2. L. 1. §. 7. D. de contr. tut. 27. 4. L. 6. D. de O. et A. 44. 7. L. 37. D. de fideiuss. 46. 1. L. 18. §. 1. D. de comp. const. 13. 5. L. 25. §. 1. D. rat. rem. 46. 8. B. Donelli comment. XVI. cap. 8. §. 21. 22. XXII. cap. 2. §. 18., по коме у овом случају облигација престаје ipso iure a ne per exceptionem, а уз случају Brinz krit. VI. Nr. 3. стр. 14., Demelius Untersuchungen стр. 65 и д. 106 и д. в. Bruns у *Ztschr. für Rechts gesch.* I. стр. 71 и д. Kl. Schr. I. стр. 259 и д. Против тога Savigny *Syst.* V. стр. 372. Schirmer н. н. м. Најзначнији аргумент за слабије дејство (по тач. а.) у тој је околности, што по

L. 7. Cod. de praescript. 30. annor. 7. 39., заложна тужба према приликама застарева у дужем року од личне тужбе. Најјачи је аргумент за јаче дејство (по тач. б.) у разлогу, да би се смер застаревања тужба сасвим промашио, када би се већ застарела тражбина могла још употребити за компензацију према тражбини која је доцније постала, а што оно средње мњење под а) хоће да избегне. Но в. Seuffert's Arch. II. 163. IX. 253. XIII. 8. XIV. 19. XV. 118. — Срав. још Hasler d. Wirkung der Verjährung bei der *Schuldklage*. Zürich 1872. — Windscheid *Pand.* 4. изд. §. 112. Brinz *Pand.* 2. изд. § 114. на kraju. Grawein *Verj. und gesetzl. Befristung*. стр. 7 и д. и §. 8.; уз то Schwalbach dogm. Jahrb. XX. стр. 268 прим. 3. Ryck d. L. v. d. *Schuldverh.* стр. 41 и д. Расправа Данова штампана је сад у „*Privatrechtl. Studien*“ II. стр. 1. . 41.

2 Прекидање застарелости једним од кореалних поверилаца и према једном од кореалних дужника дејствује за све, односно против свију. L. 4. (5). Cod. de duob. reis. 8. 39. (40). B. Rückert у Linde's *Ztschr.* II. p. XII. стр. 53. Kuntze d. Obl. стр. 193. Fitting Correalobl. стр. 78. 252. Baron *Gesammtrechtsvh.* стр. 290. Savigny Obl. I. стр. 194 и д. „Ако ко од више кореалних поверилаца умре и остави непунолетног наследника, то за то време његово право тужбе изузето сасвим од застарелости, док за тужбе осталих саповерилаца застарелост тече и по томе могу и застарати... Тај тако повољан положај малолетника чисто је личне природе... Дакле кореални однос у том случају нити може стати на пут заклањању малолетног нити наступању застарелости према саповериоцима“.

3 Са главном тражбином застарева и тражбина интереса. Но овај може и сам за се застарати (§. 107. not. c. d.). Осим тога, дугогодишње нетражење интереса којима је рок сматра се, с обзиром на дужника, као прећутно опраштање интереса. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 54. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sintenis §. 87. прим. 17.

ГЛАВА ДРУГА.

О ПОЛЕДНИМ ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА.

§. 278.

Задатак теорије не може бити, да изложи све могуће облигационе односе, према њиховој посебној природи. Ти су односи неиспрпно разнолики, а правни саобраћај може све нове и нове односе, особита облика и садржине, стварати, које онда ваља ценити по општим начелима и по аналогији сродних односа. Али постоје извесне врсте облигационих односа, које су се нарочито развиле и чију природу и дејство у опште право изближе одређује. Од тих облигациони односа неки су од самосталног значаја, а неки су, као акцесорни правни односи, везани за друге тражбине, којима служе као осигурање. О овим последњим биће говора у следећој глави овог дела, а оним првим говориће се у овој глави. Ако погледамо на садржину поједињих врста облигационих односа, у њиховој целини, а не на садржину поједињих тражбина, које отуда потичу за једну или другу страну, онда изгледа, да је најзгоднија подела њихова по основима постанка, јер је разлика у природи ових последњих поглавито пресудна за природу самих облигационих односа. Међутим овог се основа деобе не ваља држати тако искључно, да се са тог основа не смеју облигациони односи, који би били од сродне садржине увршћивати у коју од тих врста, и ако им основи постанка нису једнаки. На тај начин овде ће бити говора 1) о облигацијама из уговора и личних правних односа; 2) о облигацијама из недозвољених радња и 3) о осталим случајима. Међу оним првим разликоваће се а) једнострани облигациони односи, и то или сасвим једнострани или таквих из којих могу постати и противтражбине (§. 212.); и б) битно двострани облигациони односи. Искључени су они облигациони односи, који стоје у битној вези

са осталим научима, са породичним правом или са наследним правом.

Прим. Од овог система битно се разликује заслужно излагање „облигација у поједином“ код Brinz-a Pand. 2. изд. II. 2. §. 293. и д.: I. Рејиперзектурне облигације. A. Обвезе 1. иницијалне обвезе. а. каузалне обвезе. б. формалне обвезе. 2. евентуалне обвезе. B. Јемства и Обvezности. II. Деликтне облигације (обвезе). О томе в. Czyhlarz у Wiener Ztschr. XI. стр. 628 и д.

I. ОБЛИГАЦИЈЕ ИЗ УГОВОРА И СЛИЧНИХ ОДНОСА.

A. Једностране облигације.

§. 279.

1). Обећање поклона.

Обећање учињено у намери да се нешто поклони, ако су испуњени услови за пуноважан поклон (§. 81.), повлачи за собом тужбу за испуњење обећања, коју обично називају *condictio ex lege* 35. Cod. de donat^a. Обдарилац одговара за грубу кривицу^b. Интерес за доцњу не мора плаћати^c. Осим тога има право на правно доброчинство животне потребе (компетенце), па шта више и на вођење рачуна о његовим осталим обвезама^d.

Прим. О одговорности обдариоца в. Mommsen Erört. II. стр. 71 и д.

2). Зајам.

§. 280.

a). Нојам и дејство.

Уговор зајма (*mutuum*), је стваран, реалан, уговор^b, који се разликује^c од тзв. *RACTUM-A DE MUTUO DANDO*,^d и састоји у уступању замењивих ствари у сопственост

^a §. 81. not. b. ^b L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. ^c L. 22. D. eod.
d L. 19. §. 1. D. de re iud. 42. 1. §. 225. прим. 2. и 4. b.

^d Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condicione. 12. 1. Cod. de rebus creditis et iure iurando. 4. 1. si certum petatur. 4. 2. ^e pr. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. ^f cf. L. 30. D. h. t.

ност, лично или преко заступника,² са условом будућег враћања,^{2a} исте количине³. Да би могао издејствовати то враћање,³ па и онда кад је позајмилац случајно изгубио оно што му је дато^e, ономе који даје зајам дата је тужба из зајма,^{3a} тзв. *condictio ex mutuo*, која је по римском праву била *actio stricti iuris*^f, а којом се по данашњем праву може тражити и интерес, који тече због доцњег. Но таква иста обвеза дуговања (*Schuldverbindlichkeit*) може постати и онда, кад сопственост над замењивим стварима није одмах прешла предајом^h, или није непосредно прешла од оног који даје зајам на онога који га прима, али је по успеху постигнуто то исто.⁴

Прим. 1 О томе в. Seuffert's Arch. II. 165. IV. 32. X. 37. XIII. 138. XIX. 35. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 176. у прим. §. 179. Storch d. heut... Darlehensvertrag u. d. Bedeutung der L. 20. D. 12. 1. für denselben. 1878. Kohler Darlchen u. Vorvertrag in Ges. Abh. I. Nr. 2. стр. 44. 62.

1^a Huschke (прим. 4. на крају) стр. 8 и д.: „зајам је једини међу именованим реалним уговорима... који је имовински посао (*Vermögensgeschäft*), а не као остали посао који се тиче неке ствари (*Sachgeschäft*). За зајам је... битно, да ствари које ће као по врсти одређене потрошити не прелазе толико из сопствености колико из имања онога који даје зајам... и друге стране, да прелазе не толико у сопственост колико у имање оног који зајам прима... те тако да и онај који даје зајам добија апстрактну на имање оног који прима зајам управљену облигацију, да му се из истог иста количина ствари истог рода има дати...“ Но уз то в. Brinz krit. Vjschr. XXV. стр. 185 и д.

2 О томе в. нарочито Jhering у Jahrb. für Dogm. II. стр. 87 и д. Schlossmann у Wien. Ztschr. IX. 10. стр. 505 и д. в. горе §. 246. прим. 3. на крају.

2^a То не мора бити код *rgomutuum-a*, давања извесне суме новца у напред (*Vorschuss*): овде А. даје В-у у напред нешто као зајам, што би доцније В. имао да тражи од А. као дуг. Враћање се овде врши у путу компензације. Huschke стр. 14 и д.

d L. 2. D. h. t. e L. 4. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. f pr. J. 1. c. L. 9. D. h. t. g §. 210. прим. 3. §. 254. прим. 3. h L. 11 §. 2. L. 12. 13. 19. §. 1. D. h. t. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. s. i L. 9. §. 8.. L. 11. pr. L. 15. D. h. t.

3 О времену враћања, нарочито у случају уговореног одказа, в. Seuffert §. 310. Seuffert's Arch. V. 273. О обећању враћања „кад се да прилика“, „постепено“, „кад је дужнику згодно“, „кад буде у стању“: тамо IX. 15. XII. 233. XIV. 121. XV. 7. 218. Кад је враћање уговорено „кад повериоцу буде потреба“, онда је одређивање времена плаћања остављено нахођењу оног који даје зајам: Seuffert's Arch. II. 33.

3^a Baron Abhdlg. aus dem römischen Civil-Proc. I. стр. 33 и д. Huschke стр. 198 и д.

4 Brinz Pand. 2. изд. II. стр. 474 и даље: „Док се нешто не добије нико не постаје дужником... Међутим ту се више гледа на успех но на средства, више на то, да се смрт зајма постигне, него на то, да ли је прелаз сопствености наступио... Даље, мора нешто добити онај који ће бити дужник, и то мора добити од онога који ће бити поверилац“. В. a) L. 11. §. 2. D. h. t. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit... vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi; quodsi sine dolo malo consumsisti, condicere tibi potero. L. 13. §. 1. eod. Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris. Cf. L. 56. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. pr. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. Тзв. *condictio de bene depensis* (not. h.) b) L. 11. pr. h. t. (Ulpian.) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam; cf. L. 19. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. Тзв. *contractus mohatracae!* в. Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis, v. Mohattra „vox portentosa, qua significatur contractus, quo, inquit Escobarius, quis egens pecunia, emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit. Idem Barata interdum dicitur“. c) L. 15. h. t. (Ulpian.) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecunia mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Cf. L. 3. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. Cod. si certum pet. 4. 2. Другог је мњења био у погледу б. и с. старији правник Африкан по L. 34. pr. D. mand. 17. 1. Savigny I. стр. 281 прим. 5. срав. Römer die bedingte Novation стр. 8 и д., који за L. 34. cit. вели, да је само у погледу с. противречан и Heimbach d. L. vom Creditum стр. 279 и д., који шта

више вели, да је замишљање неке противречности у опште једна стара предрасуда, која сада по његову тумачењу сама по себи отпада^(?). Срав. у опште Hruza Novation стр. 35 и д. Huschke нарочито стр. 57 и д. О проширењу правила с. на тражбине ex omni contractu (новација у виду уговора зајма?), нарочито о примени његовој на случај каквог потраживања дуга (Schuldforderung) по обрачуну: Bähr у dogmat. Jahrb. II. стр. 425 и д. Sintenis II. §. 105. прим. 2. §. 108. прим. 10. Römer и. н. м. стр. 15 и д. Hruza стр. 88 и д. Seufert's Arch. I. 335. II. 35. 36. III. 105. V. 127. 274. XIII. 17. XIV. 16. 17. d) L. 32. D. h. t. (Iuventius Celsus.) Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsistit: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed proprius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi; hoc enim nisi inter consentes fieri non potest, sed quia pecunia mea (quae) ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est. Тзв. condicatio Iuventiana. Seuffert's Arch. X. 253. — У опште срав. Heimbach d. Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1849. стр. 131. и д. Ово „на широко написано дело... противно свом наслову, није ништа друго до излагање чисто римског права и поступка (које се оснива на Savigny-јевом System-u V. дод. XIV.) Rudorff уз Пухту §. 304. not. a. Најновија дела: Huschke d. L. d. R. R. vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien. 1882. О томе Brinz у krit. Vjschr. XXV. стр. 184 и д. Pfersche у Wiener Ztschr. X. стр. 189 и д.

§. 281.

б. Доказ зајма.¹

У погледу доказа зајма римско право има нарочито наређење². Доказна сила писменог признања дуга и пријема³ зајма,⁴ може се, за две прве године⁵ од издања пријемнице, поништити, тврђењем њеног издавача, да у писмену обележена и призната исплата⁶ у ствари није извршена, *querela non numeratae pecuniae*, било да се то тврђење истиче као тзв. *exceptio non numeratae pecuniae*,⁷ на супрот тужби повериоца у питању⁸, или да

¹ Cod. de non numerata pecunia 4. 30. cf. J. de literarum obligatione 3. 21. b L. 7. 8. §. 1. (L. 8.) L. 9. 14. 16. Cod. h. t.

подиже тужбу за враћање задужнице⁹, или да издаје ограду¹⁰, коју писмено доставља противнику или коју чини пред судом, на супрот садржине задужнице. Противник је у том случају принуђен, да истинитост задужнице доказује другим доказним срећвима¹¹, али ако би успео да докаже истинитост исте, има права да тражи авогубу суму пореченог дуга, осим кад дужник призна дуг услед понуђене му заклетве¹². По истеку тог рока, ако изостане такво оспоравање, исправа добија потпуну доказну снагу¹³, али се опет не искључује противдоказ према истој, изузимајући само понуду заклетве¹⁴. То исто вреди, и пре тога, онда, кад би дужник истинитост исправе потврдио изрично или прећутно, нарочито делимичном отплатом или плаћањем интереса¹⁵, или би се одрекао тужбе.¹⁶ По тргов. зак. чл. 295. и ув. закон уз грађ. пост. §. 17. „доказна сила задужнице... није везана за истицање извесног рока“ и тиме су отпала одредбе римског права о појачању доказној снази задужнице, по истеку две године.¹⁷

Прим. 1 Срав. у опште Unterholzner у civ. Arch. VII. 1 Scropp у њег. и Heise-овим Abh. I. 18. Gneist die formellen Verträge, стр. 1.. 110. 233 и д. Heimbach и. н. м. стр. 633 и д. Нове назоре о тзв. *exceptio non num. pec. излаже Einert у спису über das Wesen und die Form des Litteralcontracts... und Vergleichung desselben mit dem Wechsel* (1852.). По њему, том приговору, „има места примене само и једино код формалних уговора“, а „да се, осим случаја, где је тужени био нападнут, или где му је претила опасност, да буде нападнут са *actio ex stipulatu* или са *actio ex litterarum obligatione*, у римском праву никде више није могао употребити“ и на послетку, да му нема места онде, где је у исправи признање пријема или плаћања наведено као прави облигациони основ. Против тога Fick у Heidelb. krit. Ztschr. I. стр. 479

² L. 7. eod. L. 4. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. ³ L. 14. §. 4. Cod. h. t. cf. Nov. 100. cap. 1. Auth. hanc autem ad L. 14. Cod. h. t. ⁴ L. 3. Cod. h. t. f Nov. 18. cap. 8. Auth. contra ad L. 4. Cod. h. t. §. 252. прим. 1. а. ⁵ g. un. J. l. c. L. 8. §. 2. (L. 8. i. f.) L. 14. pr. Cod. h. t. ⁶ h. L. 14. §. 3. Cod. h. t. cf. L. 13. eod. L. 4. Cod. de dot. promiss. 5. 11. ⁷ i L. 4. Cod. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod.

и даље. Од мњења које влада, разликује се битно мњење, које је изнео Bähr у његовој књизи *über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* стр. 291. 2. изд. стр. 327 и д. (в. Arndts у krit. Ueberschau IV. стр. 36 и д. civ. Schr. I. стр. 348 и д.). Он у задужници види формалан уговор (§. 233. прим 8.), коме придаје у року од две године само обvezну снагу, али не одриче доказну силу признању, које би се може бити у исто доба десило у задужници. У овом погледу, и ако се иначе слаже са њим у погледу првог схватања, брани мњење које влада Brinz Pand. 1. изд. стр. 428 и д. (а против њега опет Bähr у *Jahrb. f. Dogm.* II. стр. 346). Schlesinger на против (*zur Lehre von den Formalcontracten* итд. стр. 180 и д.), ма да оспорава Берову теорију о обveznoj снази исправе, одбације и мњење које влада и тражи, да би се могла оспоравати задужница у законском року од стране издавача, пре свега доказ, да је задужница издата пре фактичке исплате. Против тога Windscheid у *krit. Vjschr.* I. стр. 109. и д. Pand. §. 372. прим. 15. Witte die Bereicherungsklagen стр. 225. и д. Herold у *prakt. Arch.* VI. стр. 429 и д. Sintenis II. §. 96. прим. 28. в. горе §. 262. примедба 2.) в. и Schletter's *Jahrb.* VI. стр. 25 и сад нарочито Huschke н. н. м. стр. 91. 148. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 311.

2 Нема места примени овог наређења: а) кад је у исправи означен, да дуг потиче из другог обvezног односа, L. 5. 13. Cod. h. t. в. §. 280. прим. 4. с. Seuffert's *Arch.* I. 335. V. 274. VI. 178. X. 254. XII. 262. XIV. 17., или б) кад је у њој признање, да је исплата била у неком ранијем изближе одређеном времену; и с) кад се у јавној исправи означи, да је исплата извршена пред власту која је оверава §. 262. прим. 2.; срав. Seuffert §. 311. прим. 3. 11. Seuffert's *Arch.* II. 34. IV. 31. X. 38.

3 Има их, који тај пропис проширују и на друге признанице пријема, изузимајући признаницу о пријему депозита (оставе), arg. L. 14. pr. §. 2. Cod. h. t. Unterholzner н. н. м. стр. 19. Против тога L. 5. 7. Cod. h. t. Seuffert прим. 8. Gneist стр. 294 и д.

4 О старијем праву: L. 1. Cod. Hermogen. tit. I. Ex cautione (l. exceptionem) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. L. 14. pr. Cod. h. t.

5 То правило вреди и за случај, кад издавач задужнице тврди, да је добио мање но што је написано. L. 2. 9. Cod. h. t.

6 То није приговор (ексцепција) у правом смислу, већ негативна литисконтестација, јер се тиме спори само пријем зајма, али је по римском праву могао бити приговор, ако би, као што је био обичај, у исто доба била закључена стипулација управљена на вра-

ћање зајма. L. 1. 2. 7. 8. 9. Cod. h. t. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. Gai IV. 116 a. (116.) в. Gneist стр. 8. 265. и д. Witte стр. 217 и д. Томе противно Huschke стр. 130 заузима се за то, да exc. п. п. р. има карактер правог приговора, excepti-је, што јој се свакојако не може оспорити, ако задужница о зајму (Darlehenschuldschein) ствара само сталну литералну облигацију. В. Brinz н. н. м. §. 311. 2. изд.

7 В. §. 262. прим. 2. на крају. Строжије мњење бране између осталих Сгори н. н. м. §. 11. 31. и д. Mühlenbruch §. 376. прим. 5. 6. Gneist стр. 89 и д. Wächter II. стр. 438. Један од главних разлога је §. un. J. I. с. cf. Theophil. ad h. l. B. и Heimbach н. н. м. стр. 679. и д. Против Гнајста Fick н. н. м. стр. 495. и д. в. Seuffert's *Arch.* VI. 179. VII. 169. VIII. 250. XVI. 107. XVII. 180. XX. 125.

8 Seuffert's *Arch.* IV. 30. V. 276. Има ли тако исто дејство изјава одрицања учињена у самој исправи? Puchta §. 305. not. n. Vorles. ad h. I. Против тога, уз мњење које влада, Seuffert §. 311. прим. 12. „Таква клаузула одрицања... роба је која тако лако може да уђе у исправе дуговања, да о њој не треба водити рачуна“, в. Seuffert's *Arch.* VI. 26. X. 38. XII. 262., но ту се изузима случај изјаве одрицања, који је утврђен заклетвом. Sintenis §. 96. прим. 44. — У осталом могу се и наследници и јемци послужити са querela non num. rec., L. 8. 12. Cod. h. t., но не и нови дужник који је то постао преновом (новацијом), L. 6. Cod. h. t.

9 Baron 3. изд. §. 231. на крају. Mandry *Reichsgesch.* стр. 332. 2. изд. стр. 314.

§. 282.

с). Ограничавање давање зајма.

По Sc. Macedonianum^a-у зајам у новцу^b, детету које се још налази у очинској власти^c, не ствара тужбу, која би имала дејства.^d Тужбу из таквог зајма искључује exceptio Sc. Macedoniani^e, коју може употребити не само онај који је примио зајам и пре и после престанка очинске власти^f, већ и његови наследници и отац^{fg}, а тако исто

^a Dig. de senatusconsulto Macedoniano. 14. 6. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. cf. §. 7. J. quod cum eo. 4. 7. Theophil. ad h. l. ^b L. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. L. 7. pr. §. 3. L. 13. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. ^c L. 1. §. 1. 3. L. 3. §. 4. L. 9. §. 2. L. 14. eod. L. 6. §. 1. Cod. h. t. ^d L. 11. D. h. t. ^e L. 1. pr. §. 2. L. 7. §. 4. 5. D. h. t. ^f L. 7. §. 10. D. h. t. L. 6. pr. Cod. eod. ^g L. 3. §. 2. D. h. t.

и јемац, у колико би имао право накнаде према главном дужнику за оно што би платио^h. Тиме се у свима тим случајима не искључују и дејства, коју би имала *naturalis obligatio*ⁱ. Према захтеву реституције малолетног позајмиоца (Darleihers)^k без дејства је. Осим тога, нема места позивању на Sc. Maced. још и са више других основа, у опште,² или само за онога који је примио зајам, за зајмиоца.^{3 4}

Прим. 1 L. 1. pr. h. t. *Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus (Vulg. hominibus) praestaret qui (Hal. quum) pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuissest, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.* — Dietzel das Sc. Macedonianum, Leipzig 1856. У истор. погледу: Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. стр. 122 и д. Keller Instit. §. 129. Huschke Darlehn стр. 149 . . . 155. B. Windscheid §. 373., где је као добра напомена и једна инаугурал-дисертација од Dueckers de Sc. Maced. 1866. Ryck das Creditiren an Minderjährige und Kinder in der väterl. Gewalt, у civ. Arch. LIII. 3. Mandry Gem. Familiengüterrecht I. стр. 431 . . . 524. Huschke н. н. м. 155 . . . 195. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 297.; krit. Vjschr. XXV. стр. 208 и д.

2 То је онда: а) кад отац да повода, кад сам изазове узимање зајма или кад после тога, ма и прећутно, нпр. делимичним плаћањем, одобри зајам. L. 7. §. 11—15. L. 12. 16. D. h. t. L. 2. 7. pr. Cod. eod. (прав. Seuffert's Arch. IV. 29.); б) кад је зајам узет у корист оца или за тим само у његову корист употребљен, па ма и на подмирење трошкова за дете, а које он као отац има чинити. L. 7. §. 12—13. D. h. t. L. 2. 5. Cod. h. t. cf. L. 47. §. 1. i. f. D. de solut. 46. 3. Windscheid прим. 11.; с) ако је зајам учињен

h L. 9. §. 3. eod. cf. L. 2. in f. D. quae res pign. 20. 3. — L. 7. §. 11. D. h. t. i L. 9. §. 4. (4. 5.) L. 10. D. h. t. L. 19. pr. L. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. α) L. 19. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. L. 13. D. h. t. β) L. 9. §. 4. eod. L. 14. D. de reb. cred. 12. 1. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. γ) L. 18. D. h. t. k L. 3. §. 2. eod. L. 11. §. 7. D. de minor. 4. 4. cf. L. 34. pr. eod.

ради подмирења преких (неодложних) потреба или ради плаћања других дугова, према којима не важи приговор. L. 47. §. 1. cit. L. 7. §. 14. D. h. t. Важна поправка текста овог места: „...liberaret ab eo“ налази се код Huschke-a стр. 168. (прав. Seuffert's Arch. XI. 229.); д) ако је позајмилац за зајмиоца са оправдајуће заблуде мислио, да је самосталан: L. 3. pr. L. 19. D. h. t.; ипак L. 7. §. 7. D. h. t. *Proinde et si alias mutuam dedit. alias stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit.* Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate, severius (не protestate se, verius dicendum est, utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi. Schwanert Naturalobl. стр. 358 прим. 58. Huschke стр. 158 чита сад: verius dicendum est SC. (отуда постало се) utrique nocere; е) ако је зајмилац био у тренутку узимања зајма војник. L. 7. §. 1. Cod. h. t. Но то спори нпр. Mühlenbruch III. §. 575. прим. 22. Puchta §. 306. not. t.; овај последњи нема права што то назива „privilegium odiosum militum, против кога је свака вероватност“. Vangerow I. §. 245. (7. изд. стр. 457). Brinz §. 297. код и у прим. 6. и д. и стр. 487 и д.: „Бити војником значи у неку руку еманципирати се“. Pract. Arch. н. р. XII. стр. 170 и д.

3 То је случај: а) кад онај који прима зајам у време зајма има *peculium castrense* или *quasi castrense* (не само онда, кад је зајам ради те војничке особине, као што мисли Mühlenbruch §. 575. прим. 21.), у колико то имење достиже. L. 1. in f. L. 2. D. h. t. (Сличну примену тога става имамо у случају, кад је син који је у кући (Haussohn) адвокат: Seuffert's Arch. XV. 20. Да ли то исто вреди и за тзв. *peculium adventitium irregulare?* Vangerow I. §. 245. прим. 1a. Schwanert Naturaloblig. стр. 344. Против тога Seuffert §. 312. прим. 11. Brinz прим. 12. Да ли баш и за тзв. *peculium adv. regulare?* Dietzel стр. 151 и д., против тога Vangerow, Schwanert н. н. м. прим. 12.). Срав. Windscheid прим. 6.; б) кад и у колико је онај који је примио зајам, кад је постао господар куће (старешина куће, домаћин, *Patersfamilias*) признао дуг. L. 2. Cod. h. t. При том је питање, да ли делимично плаћање, као прећутно признавање целога дуга, не искључује приговор у погледу остатка? То пориче Puchta §. 306. not. cc. Schwanert стр. 352 и д., а потврђује Francke Civ. Abh. стр. 125 и д. Vangerow §. 245. прим. 1b. Brinz прим. 46. B. L. 7. §. 15. 16. D. h. t. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Нос *amplius cessabit Sc., si pater solvere coepit quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit.* §. 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Sc., nec solutum repetere potest; L. 8. eod. (Paul. ad edictum): *quum tamen*

a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. L. 9. pr. eod. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatatem. Cf. L. 9. §. 4. eod. B. Windscheid прим. 17., који са Dueckers-ом р. 122. sq. тврди, да се приговор може искључити са уговорним признањем (дуга). — О дејству пренова (новације): L. 2. Cod. cit. cf. L. 20. D. h. t. cf. L. 19. D. de novat. 46. 2. Schwanert стр. 355 и д.

4 Brinz Pand. 2. изд. II. стр. 492.: „Код нас се SC. Mac. није могао никад сасвим одомаћити; може бити да никад не би могао ни постати, да су еманципације и у Риму наступале тако редовно и у тако раним годинама детета као код нас“.

§. 283.

д). Зајам са интересом.

Са обvezом зајма може бити везана и обвеза плаћања интереса (§. 207.. 210), но она се не разуме по себи и није састав део прве^a. У место интереса може се пуноважно уговорити, по рим. праву само у путу стипулације, просто враћање веће суме^b, само не у смеру незаконитог кајишарења^c. Но ако би позајмилац (Darleher) узео на се опасност за позајмљени новац, било при пловидби по мору, pecunia traiectitia, foenus nauticum^d, или у каквом другом опасном предузећу, тзв. foenus quasi nauticum^e, онда се може за то, као премија, уговорити већа сума и прекорачити законска стопа интереса^f.

Прим. И бродарски зајам постао је и развио се из грчког бродарског права (в. §. 316.): в. Hermann (Stark) Lehrb. d. griech. Privatalterthümer §. 49 № 5—8, и литературу наведену на том месту под № 5. По старијем праву foenus nauticum за време трајања опасности био је сасвим неограничен. Pauli sent. II. 14. §. 3. Јустинијан га је ограничио на centesimae usurae (§. 209. прим. 1.), али га је доцније опет дозволио но само до рока враћања, Nov. 106., што је

^a L. 1. 3. Cod. de usur. 4. 32. спр. §. 280. not. g. ^b L. 11. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 17. pr. D. de pactis. 2. 14. ^c §. 209. not. d. §. 210. прим. 5. 6. ^d Dig. de nautico foenore. 22. 2. Cod. 4. 33. ^e L. 5. D. h. t. f. L. 4. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32. Nov. 106. 110.

после понова укинуо са Nov. 110., која је остала неглосирана. По данашњем праву (но в. и §. 210., прим. 5. горе) нема више тог ограничења. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107. на крају 114.; в. Windscheid §. 371. прим. 8. 9. Kleinschmidt d. foen. naut. und dessen Bedeutung im R. R. 1878. Matthiass d. foen. naut. und d. geschichtl. Entw. der Bodmerek. 1881. Jhering u. dogm. Jahrb. XIX. прим. 2. и д. Huschke н. н. м. стр. 221 и д. и нарочито Brinz Pand. II. §. 298.: „Особита врста кредитних послова“ (код прим. 15.), „Foenus naut. и quasi naut. послови су алеаторни а не асекураторни... Код осигурања добија осигураник кад несреща наступи, а код foen. naut., кад несреща не наступи“, (код и у прим. 34.) — Једног интересантног случаја који овде долази тиче се L. 122. §. 1. D. de V. O. 45. 1., о ком в. Huschke das Schiffsdarlehn des Kallimachus, у Linde's Ztschr. н. р. X. 1. Goldschmidt Unters. zur L. 122. §. 1. de V. O. 1855. и Ztschr. f. Handelsrecht IX. стр. 287 и д.

3). Облигације на враћање определених ствари.

§. 284.

а). Послуга (Leihvertrag). Commodatum.

Послуга (Leihvertrag), commodatum^a, састоји се у томе, што једно лице (комодант, услужилац) другом лицу (комодатару, послужнику) предаје какву покретну или непокретну ствар^b, бесплатно^c, на употребу, без преноса сопствености или правне државине^d, под обезвом, да врати исту ствар^e, кад дође време. Послужник (комодатар) по правилу одговара за сваку непажњу, али не и за случај^f. Он мора издати и добит, до које би дошао употребом ствари, која би била противна уговору^g. Тужба против њега је actio commodati directa^h. Но услужилац не може по својој вољи у свако доба тражити враћање ствариⁱ, пре но што је могла наступити дозво-

^a Dig. commodati vel contra. 13. 6. Cod. de commodity. 4. 23. X. 3. 15. ^b L. 1. §. 1. D. h. t. ^c §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. L. 17. §. 3. ^d D. de praescript. verb. 19. 5. ^e L. 8. 9. 15. 16. D. h. t. cf. L. 15. D. depos. 16. 3. ^f L. 3. §. 6. L. 4. D. h. t. ^g L. 5. §. 2.. 10. L. 10. pr. L. 12. pr. L. 23. D. h. t. спр. §. 250. ^h arg. L. 13. §. 1. D. h. t. ⁱ спр. §. 99.

љена употреба или пре то што је протекло за исту одређено времеⁱ. Осим тога за послужника може постати противтражбина на накнаду не само оних издатаца^k, које је оправдано на ствар или ради ње учинио, већ и^l накнаду штете, коју је он претрпео услед кривице, по правилу грубе кривице, послужиоца при дозволи употребе^l. А ако би због губитка ствари морао давати накнаду, онда има право на уступање тужба у погледу ствари према трећим лицима^m, или на враћање учињене накнаде или ствари, ако би је послужилац доције натраг добиоⁿ. Те своје противтражбине може послужник (комодатар), према приликама, остварити или са *actio commodati contraria* или са експепцијом (приговором) против тужбе послужиоца (комоданта)^o.

Прим. 1 О односу послуге према прекаријуму в. L. 1. §. 3. D. de precario. 43. 26. *Et est simile (precarium) commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.* L. 2. §. 2. eod. *Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.* Savigny Rt. des Besitzes стр. 562 7. изд. стр. 463 и д. G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium. (§. 173. прим. 8.) Dernburg Preuss. Priv. R. II. §. 175. Lenel y dogm. Jahrb. XIX. стр. 205, 209. Wächter §. 198. Дод.

2 И послуга, као и остава (§. 285.) и залога (§. 288.) долазе по римском праву у стварне (реалне) уговоре (§. 232. прим. 4.). Али су већ по римском праву и са стране комоданта признате извесне обвезе, које нису могле потешти из *re contracta-e obligati-je*, већ су се могле извести само из претходног уговора, који по себи није био обвезан, а који је тек са предајом постајао уговором и с друге стране, само онда када се цео посао схвати као *bonae fidei negotium*. Ту спадају обвезе комоданта, да не тражи ствар у невреме и посебице, његова одговорност за кулпозно несаопштавање о рђавом стању ствари, услед чега је комодатар, без своје кривице, претрио штету. По данашњем праву већ је претходан уговор о бесплатној употреби (*pactum de commodando*), сам по

ⁱ L. 17. §. 3. eod. ^k L. 18. §. 2. eod. ^l L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 10. eod. ^m L. 12. D. de re iud. 42. t. ⁿ L. 17. §. 5. cf. L. 13. pr. D. h. t. ^o L. 18. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. Cod. eod.

себи, правно обавезан, као што је то и депозитар који би се противио остварењу дозвољене оставе. Али разуме се по себи о дејствима послуге које потичу отуда, што је то стваран уговор, не може бити говора пре доиста извршене предаје ствари. B. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 315. 316.

b). Уговор оставе. *Depositum*^a.

§. 285.

а). Редовна остава.

Овај је уговор закључен предајом, односно примањем какве покретне ствари, а у намери да се иста сачува, без награде^b и без никакве даље обвезе осим те, да ту ствар чува и да је у своје време преда^c. Онај који предаје зове се депонент (оставилац), а онај који прима такву ствар зове се депозитар (оставник). Да ли је први сопственик ствари дате у оставу није од значаја^d, само ако овај последњи није њен сопственик^e. Против оног који је примио оставу постоји тужба *actio depositi directa*,^f према којој нема места ни ретенцији^g ни компензацији^h. Но он одговара^{ia} по правилу само за грубу кривицу^g. Ако је он без такве кривице дао неком другом ствар на оставу, то му је довољно, да само његову тужбу против тог другог уступи депоненту^h. Наследник, који је у доброј вери отуђио ствар дату у оставу, дужан је да уступи само цену добијену за исту или тужбу^j. Више депозитара ивице наследника једног депозитара одговарају сваки по сопственој кривици за све^k. Но по кривици тестаторовој одговарају ови последњи сваки према свом делу наслеђа^l. Противтражбине

^a Dig. depositi vel contra. 16. 3. Cod. 4. 34. X. de deposito. 3. 16. cf. Collat. leg. Mos. tit. 10. ^b L. 1. pr. §. 8.. 10. D. h. t. ^c L. 1. §. 12. 13. D. h. t. cf. L. 1. §. 5. 41. eod. ^d L. 1. §. 39. eod. ^e L. 15. 31. §. 1. eod. L. 45. D. de R. J. ^f L. 11. Cod. h. t. §. 266. not. a. ^g §. 3. J. quib. mod. re contrah. 3. 14. L. 1. §. 6. 7. 16. 20., 22. 35. L. 32. D. h. t. (§. 250.). ^h L. 16. D. h. t. ⁱ L. 1. §. 47. L. 2. 4. eod. ^k L. 1. §. 43. L. 9. 10. eod. ^l L. 7. §. 1. L. 9. eod.

због трошкова учињених око ствари или штете претрпљене кривицом друге стране депозитар може тражити са depositi actio contraria^m.

Прим. 1 По римском праву ова тужба повлачи за собом инфамију (§. 31. прим. 1. f.). У случају оставе учињене у прекој нужди (тзв. depositum miserabile), ако је случај долуса, управљена је па двогубу вредност. L. 1. §. 1.. 4. L. 18. D. h. t. §. 17. 23. 26. J. de act. 4. 6. v. §. 252. прим. 1. c. B. Pauli sent. II. 12. §. 11. „Ex causa depositi lege XII. tabb. in duplum actio datur, edicto praestoris in simplum“; и о томе Asher y Linde's Ztschr. н. р. XXII. 8. Arndts y Haimerl's Vjschr. XVII. 8. (civ. Schr. I. 25.) Jhering Schuld-moment. стр. 31 и д. Voigt die XII. Tafeln II. стр. 479 и д. — Као utilis actio може ова тужба припасти и неком трећем, коме је обећано враћање ствари дате у остави. L. 26. pr. D. h. t. §. 246. прим. 3.

2 Спорно је, да ли није дозвољена ретенција за накнаду учињених трошкова око ствари дате у оставу? Seuffert §. 316. not. 16. Против тога Puchta §. 321. not. g. — У колико се може оправдати невраћање ствари тврђењем депозитара, да је он сам сопственик ствари дате у оставу? Seuffert not. 17. Puchta н. и. м. в. not. e. У колико је то могуће због права неког трећег? в. L. 31. §. 1. D. h. t. . Latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? . . . si totius rei aequitatem (intuemur), . . . mihi reddenda sunt, cui (Flor. quo) facto scelestissimo ademta sunt. . . Quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui depositus, quamvis male quaesita depositus; quod et Marcellus in praedone et fure scribit.

^{2^a}

2^a В. и Mommsen Erörterungen. II. стр. 68 и д.
3 О томе, како је са враћањем, кад има више депонената или више наследника једног депонента в.: L. 1. §. 36. 44. L. 14. pr. D. h. t. v. §. 216. Brinz 2. изд. §. 317. прим. 67.

§. 286.

β). Нередовна остава.¹

Депозитар по правилу не добија ни сопственост над ствари која је дата у оставу ни право да је употребљава или потроши^a. Но замењиве ствари могу се и на тај

^a L. 5. pr. L. 23. D. h. t.

а L. 29. D. h. t. L. 3. 4. Cod. eod.

начин дати у оставу, да је онај који их прима обвезан, да врати само исту суму или количину, а то се узима да је прећутно уговорено онда, кад је некоме предата каква сума новаца незатворена^b. У том случају сопственост над оним што је примљено, прелази на онога који га је примио,^c као код зајма, али се са послом, према намери уговорника, поступа као са оставом (depositum irregulare)^d. Ако је, на против, код редовне оставе замењивих ствари, ономе, који их је примио тек доцније или и у напред, за случај ако би то зажелио, дата дозвола, да потроши оно што је примио, то се остава претвара у зајам и то у првом случају одмах са дозволом, а у другом са фактичним потрошком њиховим^d.

Прим. 1 В. у опште A. C. J. Schmid y civ. Arch. XXX. 3. Brinz 1. изд. стр. 439. и д. Windscheid §. 379. Vangerow §. 630. 7. изд. III. стр. 415.. 423. F. Voltz über das dep. irreg. 1858. Mühlhäuser über Umfang und Geltung des depos. irreg. 1879. о томе Löwenfeld y krit. Vjschr. XXII. стр. 311 и д. Huschke Darlehn стр. 22 и д. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 317. нарочито прим. 13. и krit. Vjschr. XXV. стр. 190.

2 По особитом пристанку може онај који прима такве ствари бити обвезан, да накнади и интерес. L. 24. in f. L. 26. §. 1. in f. D. 1. c. Срав. L. 29. §. 1. eod. Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bona fidei iudiciis, usuras eius nomine praestare mihi cogitur. Ваља поправити impermissu? Huschke y Linde's Ztschr. н. р. II. стр. 151. Против тога Emmerich y Linde's Ztschr. н. р. XVIII. 6. Vangerow стр. 418 и д. Windscheid прим. 6.

§. 287.

γ). Полагање у треће руке. Секвестрација.

Чување какве ствари могу више њих, заједнички, поверити неком трећем у смеру, да тиме осигурују спорна или у том времену још неизвршљива правна

^b L. 31. D. locati. 19. 2.

с L. 24. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. D. h. t.

^c L. 9. §. 9. L. 10. D. de reb. cred. 12. 1. L. 34. pr. D. mand. 17. 1.

потраживања. Остава такве врсте зове се полагање у треће руке, секвестрација^a, тзв. sequestratio voluntaria^b. Онај који тако прима ствари зове се секвестер^c, и по особитом опредељењу може се на њега пренети и правна државина^d. Тужба против њега којом се тражи враћање повереног му предмета зове се depositi sequestraria actio^e. Кад јој има места и коме припада право на исту одређује се према поводу полагања у треће руке, секвестрације и основу њеног црестанка^f. Ако јој повод праван спор око предмета онда на њу има права (in solidum) она страна која у спору победи^g. У осталом посао са секвестром може имати и природу другог каквог уговора н.пр. најма или пуномоћства^h.

Прим. L. 110. D. de V. S. Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt, dictus ab eo, quod occurenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur. L. 6. D. h. t. Proprie autem in sequestre est, depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custo diendum reddendumque traditur. B. Muther Sequestration und Arrest im röm. Recht стр. 35 и д. нарочито о државини секвестра стр. 226 и д. Brinz 2. изд. §. 317. прим. 14.. 19.

§. 288.

с). Уговор залоге.ⁱ

Ако се неком другом преда ствар у смеру, да му као залога да сигурности за измирење какве тражбине (ручна залога, pignus у ужем смислу) онда је онај који је такву ствар примио ономе који је дао залогу, без обзира на то, да ли је овај сопственик или не^b, обвезан,

a L. 6. 17. D. h. t. 16. 3 b cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. §. 93.
not. n. c L. 110. D. de V. S. d L. 17. §. 1. D. h. t. L. 39. D. de poss.
41. 2. §. 135. not. k. e L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. D. h. t. f L. 5. 6. Cod. h. t.
4. 34. L. 6. D. h. t. cf. L. 5. §. 2. eod. L. 39. D. de solut. 46. 3. g L. 9. §. 3.
D. de dolo. 4. 3. L. 17. pr. cit. cf. L. 7. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. h cf. L. 9.
§. 3. cit. L. 22. §. 8. cit.

a Dig. de pignoratitia actione vel contra. 13. 7. Cod. 4. 24. b L. 9. §. 4.
D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de R. J.

да врати^c, ту исту ствар са њеним прираштајем,¹ чим буде измирен за своју тражбину другим којим начином а не продајом залоге или чим његово заложно право са каквог другог основа престане^d. Ако је залога по закону продата онда је дужан да врати оно што је претекло преко његове тражбине^e. Он одговара за сваку кривицу са његове стране, било у погледу саме ствари или њеног пратежа или у погледу вршења његовог поверилачког права, у колико би тиме био оштећен онај који је дао залогу^f. Тужба против њега је pignoratitia in personam actio. С друге стране он опет има contraria actio не само због трошкова^g, већ и због друге штете, која би наступила по њега у погледу овог односа кривицом оног који му је дао залогу. Нарочито онда, кад му је заложио тужу ствар те услед тога није могао добити заложно право које би било у снази^h. Те се тужбе примењују и код заложног уговора без преноса државине (хипотека, pignus у ширем значењу),² у колико би отуда могла постепено слична потраживања. Нарочито, дакле, има им места, када је заложни поверилац, може бити тужбом за залогу (Pfandklage) доцније, дошао до државине ствари дате у залогуⁱ, или је и без тога употребио своје поверилачко право^k. На послетку, те су тужбе доцније распрострете и на случајеве, у којима је заложно право добијено без уговора^l.

Прим. 1 Правило је, да онај који узима залогу, дужан да врати или од своје тражбине одбије сву ону корист, коју би као заложни поверилац добио од ствари или преко ње н.пр. чак и оно што би добио од оног који је ствар заложену украо, L. 22. pr.

c L. 22. pr. §. 2. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 1.. 3. Cod. h. t. cf. L. 8. D. in quib
caus. pign. 20. 2. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. d L. 9. §. 3.. 5 L. 10. 11. cf.
L. 20. §. 2. 3. D. h. t. L. 10.. 12. Cod. h. t. e L. 24. §. 2. L. 42. D. eod. cf.
L. 12. §. 1. D. de distract. pign. 20. 5. f L. 13. §. 1. L. 14. 24. §. 3. D. h. t.
L. 3. 5.. 8. Cod. h. t. g L. 8. pr. §. 1. L. 25. eod. cf. L. 22. §. 4. eod.
h L. 1. §. 2. L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. 4. L. 31. 32. eod. cf. L. 36. §. 1. eod.
i L. 54. D. de fideiuss. 46. 1. k L. 21. §. 3. D. de
L. 54. D. de distract. pign. 20. 5. l L. 34. D. de damno inf. 39. 2.
pignor. 20. 1. L. 13. D. de distract. pign. 20. 5. m L. 5. §. 24. D. ut in poss. legat. 36. 4.

D. h t. L. 15. pr. D. de furt. 47. 2. Није дужан вратити оно што је поводом залагања добио, али не као заложни поверилац н.пр. није дужан вратити оно quod iure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum remansit. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. B. §. 253. и нарочито Dernburg Pfandrecht. I. стр. 141 и д.

2 О том проширавању личних заложних тужба в. Brinz Pand. 1. изд. стр. 315 2. изд. §. 318. прим. 2. и д. Dernburg Pfandrecht. I. стр. 138 и д. Scheurl у krit. Vjschr. II. стр. 441. Stoelzel у civ. Arch. XLV. 11. Windscheid §. 381 на крају. O. Geib, die Person des pignericisch Berechtigten und des pignericisch Verpflichteten Hab. Schrift. 1884.

§. 289.

d). Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum^a.

Бродари и гостионичари, који по њихову занату примају путнике са њиховим стварима, одговарају ономе ког су примили, као да су се обvezали прећутним уговором, за реституцију примљених ствари^b, у колико губитак истих није наступио сопственом кривицом примљеног или туђим насиљничким делом или простим случајем^c, или уколико одговорност не би била искључена изричним или прећутним споразумом^d. Против бродара или гостионичара има места преторској тужби *in factum actio (de recepto)*, независно од правног односа који иначе може постојати између њих и примљеног странца^e.

Прим. 1 L. 1. pr. D. h t. Ait praetor: Nautae caupones stabularii, quod coiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo. О томе Goldschmidt у Ztschr. für Handelsrecht III. 3. 6., и уз то в. Harder у Linde's Ztschr. н. р. XVIII. 14. Gimberthal у prakt. Arch. II. 4. стр. 111 и д. Weistamo V. 8. 9. стр. 280 и д. 337 и д. Wyss Haftung für fremde Culpa стр. 57 и д. 79 и д. Windscheid §. 384. Häbler d. Haftpflicht ex recepto nach Kgl. Sächs. u. Reichsrecht, Leipzig. 1884. Примери: Hallwachs у prakt. Arch. н. р. VII. стр. 80.. 94. Посебице о

^a Dig. Nautae caupones stabularii ut recepta restituant. 4. 9. ^b L. 1.. 3. pr. §. 2. D. h t. cf. L. 6. pr. eod. ^c L. 3. §. 1. eod. cf. L. un. §. 6. D. furti adv. naut. 47. 5. ^d L. 7. pr. eod. ^e L. 3. §. 1. 4. eod.

појму „виша сила, vis maior“ (трг. зак. чл. 395.; царев. грађ. пост. §. 211.: „елементарни догађаји или други неодколоњиви случаји“, L. 18. pr. D. commod. 13. 6.: „casus... quibus resisti non possit“, not. b.) в. Hahn Comm. z. H. G. В. II. стр. 433 и д. Brinz 2. изд. §. 268. прим. 4. §. 269. стр. 272 и д. Exner der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im röm. u. heut. Verkehrsrecht, у Wien. Ztschr. X. 10. стр. 497.; против тога Dernburg тамо XI. 8. стр. 335 и д. В. и Voigt die XII. Taf. I. стр. 431 и д. и др. 8 и д. О томе где треба уврстити наук о рецептуму Windscheid прим. 7. в. Pfaff у Wiener Ztschr. VIII. стр. 735 и д. и прим. 298 и д. — За штету или покрађу, коју би учинили потчињени бродара или гостионичара општећеном је по римском праву дата против истих и кривична тужба (пенална тужба) којом се могла тражити двострука вредност покрађе или штете. Dig. furti adversus nautas caupones stabularios. 47. 5. §. 3. J. de obl. quasi ex del. 4. 5. О списима Exnera и Dernburg-а в. Hölder, krit. Vjschr. XXVI. стр. 351. Срав. и Entsch. у Rassow's Beitr. XXX. стр. 147 и д.

2 Спорно је, да ли се ове одредбе могу применити и на возилоце и пошту. C. F. Müller über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten 1835. 2. изд. 1857. Goldschmidt н. н. м. стр. 352 и д. Kompe z. L. vom Postfrachtgesch. у Ztschr. XI. 2., срав. и Linde у њег. Ztschr. н. р. XVI. 6. 7. recte: Schluss. стр. 151 и д 295 и д. Vangerow §. 648. прим. 2. Seuffert §. 405 на крају Windscheid прим. 9. Трг. зак. Art. 390 и д. зак. о поштама у немач. пар. од 28. Oct. 1871. §. 6 и д. Mandry Reichsges. стр. 344 (2. изд. стр. 478) и д.

3 Два места из извора (L. 1. §. 1. D. h t. „nam est in ipso cum arbitrio ne quem recipiant“, и L. un. §. 6. D. 47. 5. „nec repellere potest iter agentes), „која стоји међу собом у првидном сукобу, изазвали су спор око тога, да ли су гостионичари дужни да примају и путнике. Madai у Linde's Ztschr. XVIII. 12. Vangerow §. 648. прим. 1. То је питање које у првом реду расправља полиција (policeiliche). Срав. у осталом још Kuntze у Schletter's Jahrb. VII. стр. 325.

§. 290.

e). Уговор уновчања. (Trödelvertrag).

Обвеза на враћање извесне одређене ствари оснива се и код уговора уновчања (Trödelvertrag, тзв. contractus a estimatorius), али само алтернативно.

Уговор уновчања састоји се у томе, што неко прима извесну ствар, којој је одређена извесна цена, да је прода, а с обvezом, да донесе утврђену цену или да врати саму ствар^a. Ако се онај који је тако примио какву ствар сам понудио да тај посао сврши, онда се узима, да он сноси и опасност случаја^b. У осталом посао такве врсте може имати и карактер каквог другог опредељеног обvezног уговора, нарочито може имати карактер поруке или најма (услуге). Но онај који тако даје ствар има у сваком случају *actio aestimatoria praescriptis verbis*, којој ће се обим и успех у поједином случају, с обзиром на особиту природу посла, одређивати^c.

Прим. 1 L. 1. pr. D. h. t. *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum (H. ingens dubitatio), quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi; quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.* Jhering у dogm. Jahrb. XV. стр. 389. поправља: *convenerit tamen aestimationem dari; уз то в. Karlowa Rechtsgeschäft стр. 250 и д.* Спорна питања о природи правог уговора уновчања: да ли у том случају сопственост одмах прелази на оног који се примио уновчања (Trödler), (arg. L. 3. D. locati 19. 2.)? Да ли по правилу сноси случај? Puchta §. 313. Против тога Sintenis §. 117. прим. 3. Справ. у опште Glück XVIII. § 1065. Chambon Beitr. zum Obligationenrecht. Bd. 1. 1851. стр. 1..110. о томе Brinz krit. Bl. № 1.), Jul. Merkel у Rtslex. XI. стр. 535..544., и Wolff у prakt. Arch. н. р. II. 13. стр. 335 и д. Emmerich über die Haftbarkeit des Trödlers für peric. casus, у civ. Arch. LXI. стр. 277 и д. Lipp Beitrag z. L. v. Trödelcontract 1880. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 319. прим. 9. 11 F. Reinhold der Trödelvertrag 1884. Wendt у dogm. Jahrb. XXII. стр. 377 и д. Bechmann d. Kauf. II. стр. 409 и д. 560 и д.

a Dig. de aestimatoria. 19. 3. b L. 1. §. 1. D. h. t. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. c L. 1. pr. L. 2. D. h. t. cf. L. 13. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.

4). Облигације из отправке послова.

а). Овлашћење (позив). *Mandatum*^d.

§. 291.

а). Његова природа.

Мандат (позив, уговор овлашћења, пуномоћства) је такав уговор, по коме се неко (*mandatarius*) обвезује^e, да извесан посао, без уговарања награде,^f изврши, према вољи другог уговорника (*mandans, mandator*)^g. Предмет мандата могу бити само дозвољени послови^h, које ваља тек предузетиⁱ, а у чијем извршењу има интереса^j, не само мандатор, већ бар још и мандант или неко трећи. Овлашћење може бити управљено на извесан определен посао или на читаву врсту или читав низ послова, па и на отправљање свију имовних послова извесног лица (§. 77.), али само не сме бити неодређено^k. Дејство је мандата, с једне стране, у оснивању заступништва манданта са његовим правним последицама,^l са чега се и назива пуномоћством (§. 77. 246..248), с друге стране, у постајању облигације између манданта и мандатора, из које може постати за манданта *actio mandati directa* а за мандатара *contraria actio*. Овде је говор о овом другом дејству.

Прим. 1 Бесплатност мандата: L. 1. §. 4. D. h. t. *Mandatum nisi gratuitum nullum est; jep: „mercede constituta incipit locatio et conductio esse“.* §. 13. J. h. t. Но види L. 6. pr. D. h. t. Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio; и L. 1. Cod. h. t. De salario (autem), quod promisit, a praeside (apud praesidem) provinciae cognitio praebebitur. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 180. прим. 2. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 334. прим. 3..14. В. и Lenel у dogm. Jahrb. XIX. стр. 220 и д.

a Dig. mandati vel contra. 17. 1. Cod. 4. 35. J. de mandato. 3. 26. b L. t. pr... §. 2. cf. L. 6. §. 2. I. 18. 53. D. h. t. c L. 1. §. 4. L. 6. pr. L. 7. L. 56. §. 3. D. h. t. L. 4. in f. Cod. h. t. §. 13. J. h. t. d §. 7. J. h. t. L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. D. h. t. e L. 12. §. 14. eod. f §. 1. 6. J. h. t. L. 2. L. 6. §. 4. 5. L. 8. §. 6. D. h. t. g L. 48. §. 2. eod.

2 L. 2. pr. D. h. t. Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio nascitur. §. 6... Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expedit ei, cui dabatur; quia liberum est cuique apud se explorare, an expedit sibi consilium. Но са особитих разлога може и такав савет повући за собом одговорност в. a) L. 12. §. 13. D. h. t. „... si... periculo meo crede, dicat, bene credis: arbitror, locum esse mandato et mandati eum teneri“. L. 6. §. 5. L. 32. eod. b) L. 47. pr. D. de R. J. Consilii non fraudulentem nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. — Основ са кога може бити одговорности може бити и у обвези, да се даде добар савет, која потиче из каквог звања или сличног односа. Vangerow §. 659. Seuffert §. 335. па крају. Wächter §. 202. дод. I. № II. Antoine-Feill das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung. Kiel 1878.

3 B. Karlowa Rechtsgeschäft стр. 240 и д. Brinz н. м. прим. 17. и д.

§. 292.

β). Обвезе мандатара.

Мандатар је обвезан 1) да примљени посао тачно и брижљиво изврши, с обзиром на дата му упутства и тако, како најбоље одговара природи повереног му посла или користи или вероватној вољи манданта^a. Даље 2) да манданту преда све оно, што би услед повереног му посла добио, о чему је дужан положити му рачун. Он је, дакле, дужан уступити му и све оне тужбе према трећим, које би услед тога стекао^b, и 3) да манданту накнади штету, коју би му нанео својом кривицом (dolus или culpa)^c. Ако је извршење посла поверио, у неколико или сасвим, неком другом (заменику, субституту), то он одговара за кривицу истог само у колико би му падала на терет каква не-

^a L. 5. 46. D. h. t. ^b L. 8. §. 9. L. 10. §. 2. 3. 8. L. 20. pr. eod. L. 46. §. 4. D. de procurat. 3. 3. в. §. 246. 255. ^c L. 11. 13. 21. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 8. L. 10. L. 29. D. h. t.

пажња при постављању његовом, али у сваком случају мора уступити бар своју тужбу према истом^d. Крив је и одговара за сваку штету која би отуд потекла, кад је поставио себи заменика, противно изричној забрани или природи самог овлашћења. Ако је неколицини поверен исти посао, то сваки од њих одговара за цео посао^e.

Прим. Одговорност мандатара за culpa in contrahendo? Mommsen Erörter. II. стр. 59 и д.

§. 293.

γ). Обвезе манданта.

Мандант се може, с друге стране, тужбом мандатара нагонити 1) да овоме накнади трошак који је имао око испуњења посла, у колико би то исти захтевао^f, (angemessener Weise gemachter Aufwand) и по томе и интерес на његов сопствени новац, који је изгубио тиме, што га је употребио на тај посао^g, а обвезе, које је овај услед овлашћења узео да прими на се^h; 2) да накнади сваку штету, коју би овом својом кривицом нанеоⁱ. Ако је мандатар прекорачио границе овлашћења, онда може тражити од манданта да призна посао само у толико, у колико би отклонио штету, која би отуда потекла за манданта^j. Ако су неколико њих дали заједнички овлашћење онда према сваком од њих постоји тужба за све^k.

Прим. Уз № 1. в. Brinz н. н. м. стр. 776: «Мандат је увек, поред тога што је овлашћење, уједно и cautio т.ј. обећање, осигурање штете (обећање покрића, Deckungsversprechen)^l; уз № 2. в. Mommsen Erörtr. II. стр. 60 и д. по коме је мандант начелно одговоран и за штету, која би услед његовог мандата и преко његове кривице (über sein Verschulden) наступила. Посебице о одговорности манданта за поруке (овлашћења), које би дошло до мандатара у погрешном облику в. горе §. 231. прим. 2. f.

^d L. 8. §. 3. eod. cf. L. 20. (21). §. 3. L. 27. (28). D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. in f. L. 11. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 1. D. si mensur. 11. 6. ^e L. 60. §. 2. D. h. t.

^a L. 10. §. 9. cf. L. 27. §. 4. L. 56. §. 4. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. ^b L. 12. §. 9. D. eod. ^c L. 45 eod. ^d L. 28. §. 6. 7. eod. ^e L. 3. §. 2. L. 4. 41. eod. §. 8. J. h. t. ^f L. 21. L. 59. §. 3. D. eod.

§. 294.

δ). Престанак мандата.

Мандатски однос престаје 1) свршавањем повереног посла и истицањем рока, на који је ограничено овлашћење; 2) опозивом или и прећутно исказаним повлачењем мандата од стране манданта^a, или отказом (*renuntiatio*) од стране мандатара^b; 3) смрћу манданта или мандатара^c, у колико мандат не би био управљен на нешто што би се имало испунити тек после смрти манданта^d. Но како опозив тако и отказ, последњи нарочито због отказа у невреме, у колико се не би могло и то извинити^e, заснивају мандатску тужбу у погледу штете, која би отуда потекла. Тако исто може јој бити места због неке радње, која је предузета тек после смрти манданта, а у незнашу да је иста наступила, или која је предузета услед нечега што је већ наступило пре тога^g. Но ни у ком случају прекидање мандатског односа не повлачи за собом престанак оних правних тражбина, које су већ из истог постале^h.

Прим. Уз *not. d. g. v.* Dietzel у Linde's Ztschr. н. р. XIII. 13. Windscheid §. 411. прим. 5 и д.

§. 295.

ε). Особите врсте мандата.

Као такве ваља истаћи 1) тзв. *mandatum qualificatum* (§. 352.) т.ј. овлашћење давања кредита неком трећем, у чemu је нека врста јемства; 2) асигнација

a L. 12. §. 16. L. 15. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 3. Cod. h. t.
b L. 22. §. 11. L. 27. §. 2. D. h. t. c L. 26. pr. L. 27. §. 3. L. 57. eod.
d L. 12. §. 17. L. 13. 27. §. 1. eod. cf. L. 108. D. de solut. 46. 3. J. R. A. §. 99.
e L. 15. D. h. t. cf. L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. f §. 9. 11. J. h. t.
L. 22. §. 11. L. 23. 26. L. 27. §. 2. D. h. t. g §. 10. J. h. t. L. 15. Cod. h. t.
L. 26. pr. §. 1. L. 58. pr. D. h. t. L. 14. pr. eod. cf. L. 27. §. 3. eod. L. 33.
D. de poss. 41. 2. — L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 41. de reb.
cred. 12. 1. h L. 58. pr. D. h. t.

a L. 6. §. 4. L. 12. §. 14. D. h. t.

т.ј. овлашћење једног лица (асигнанта) другом лицу (асигнату), које му доставља неко треће лице, с тим да том трећем лицу (асигнатару) нешто плати. Асигнат може бити дужник асигнантов, а овај опет дужник асигнаторов и тако асигнација може послужити томе, да се удејствује исплата овог последњег, али то није битно за њен појам^b. Овлашћење које је у асигнацији може се опозвати (контрамандирати) и одрећи извршење^c, отуда „упућивање није плаћање“^d. Но ако се је асигнат, у времену кад је према овлашћењу могао платити, на други начин измирио са асигнатаром, то га доцније извршено опозивање од стране асигнанта не разрешава од обвезе према асигнатару.

Прим. О асигнацији и њеном односу према цесији и делегацији. в. Mühlenbruch Cession, §. 18. Heise und Cropp Abh. II. 13. Thöl Handelsrecht I. 4. изд. §. 114.. 132. 5. изд. §. 318.. 337. Puchta §. 326. Vorles. 4. изд. II. стр. 189 и д. Unger die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, стр. 73 и д. Salpius Novation und Delegation §. 8. 73.. 76., против овог опет Witte у d. krit. Vjschr. VIII. стр. 352 и д. Windscheid §. 412. Plucinski у civ. Arch. LX. 7. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 52 и д. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 334 на крају. Трговачке асигнације: немач. тргов. зак. чл. 300.. 305.

§. 296.

б). Отправљање послова на основу јав. овлашћења.
Cura bonorum.

Има случајева, у којима се наређује руковање са извесним добрима, уз садејство и надзиравање власти, преко нарочитог *curator-a bonorum*. Такав је случај код стечаја поверилаца (§. 226) или у случају дужег осуствава каквог лица, *cura bonorum absentis*^a, и са разних основа у погледу наслеђа, *cura hereditatis iacentis*^b,

b L. 34. pr. D. h. t. cf. L. 3. §. 12. D. de don. int. v. et u. 24. 1. c L. 106.
108. D. de solut. 46. 3.

a L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 4. D. de munerib.
50. 4. L. 3. Cod. de postlimin. 8. 50. (51). L. 1. b §. 4. cit. in f.

ventris nomine^c, ex Carboniano edicto^c. Такав куратор, који се разликује од старалаца одређених за личност, има да се стара поглавито само о одржању добара (*custodia honorum*). С тога он нема право отуђивања, у колико то не би захтевао смрт његовог постављања^e. У осталом његов положај ваља ценити по аналогији старатељства. Сличан однос може наступити и у случају судске секвестрације (забране), у колико је стараону (секвестру) поверено руковање са стварима (§. 92. not. n.). И код званичника јавног карактера и пословођа правних лица наступа однос, који је сличан мандату.

**е). Отправљање (свршавање) послова без овлашћења.
*Negotiorum gestio^a.***

§. 297.

Кад неко без позива или без важећег мандата^b, па и у случају погрешне претпоставке, да постоји такав мандат^c, посвршава послове неког другог^d, то је он као *negotiorum gestor* према овом последњем т.ј. *dominus-у negotiorum* обавезан *quasi ex contractu^e*, аналога мандатару^f, и с тога против њега има места тужби *actio negotiorum gestorum directa*. Он одговара за сваки немар^g, и за несвршавање посла који је на се примио, његовом кривицом и пропуштање оног што би с тим у битној вези стојало^h. Па шта више одговара и за случајну штету, ако је отпочео нешто ново противно начину господара послаⁱ. Одговара само за грубу (тешку) кривицу, кад се заузeo

^a L. 1. §. 17. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. ^b L. 5. §. 1. D. de Carb. ed. 37. 10. ^c L. 1. §. 4. cit. L. 48. D. de admin. 26. 7. b. §. 226.

^d Dig. de negotiis gestis. 3. 5. Cod. 2. 18. (19.) ^e L. 18. (19.) §. 2. L. 35. (36.) D. h. t. ^f L. 5. pr. eod. ^g L. 5. §. 4. 5. 6. (L. 6. §. 2. 3. 4.) eod. cf. L. 5. §. 1. L. 5. §. 8. (L. 6. §. 6.) L. 44. (45.) §. 2. eod. ^h L. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5. pr. D. de O. et A. 44. 7. ⁱ L. 2. L. 7. (8.) §. 1. D. h. t. §. 292. not. b. ^j L. 5. §. 14. (L. 6. §. 12.) ... L. 7. (8.) pr. L. 30. (31.) §. 2. D. h. t. cf. L. 20. Cod. cit. L. 37. (38.) D. h. t. L. 30. (31.) §. 3. eod. L. 13. §. 1. D. de usuris. 22. 1. §. 207. прим. 3. с. в. §. 208. прим. 2. d. ^k L. 10. (11.) eod.

за туђа добра, под околностима у којима би иста без његовог заузимања пропала за њиховог господара^k. Ако није био способан да се важећи обвеже, онда је обвезан да врати само оно чиме се обогати^l.

Прим. 1 Donelli comment. lib. XV. cap. 15. 17. Chambon die Negotiorum Gestio. 1848. Dankwardt d. negot. gestio. 1855. Köllner die Grundzüge d. obl. neg. gest. 1856. (о томе Stintzing у Heidelb. krit. Ztschr. IV. стр. 227 и д. Kuntze у Schletter's Jahrb. III. стр. 256). Aarons Beitr. zu d. L. v. d. neg. gestio. 1. Abth. Dogmengeschichtl. Erörtr. 1860. (о томе Kuntze у Schletter's Jahrb. VIII. стр. 104). Windscheid §. 430. 431. Vangerow §. 664. Примери за наук о negotiorum gestio и in rem versio: Hallwachs у prakt. Arch. n. F. VIII. стр. 88. 98. E. Zimmermann Echte und unechte negotiorum gestio, 1872. (о томе Regelsberger у krit. Vjschr. XV. стр. 277 и д. Krüger у Jen. Litztg. 1874. № 8. Zimmerman d. L. v. d. stellvertretenden Neg. Gestio. 1876. (о томе Eck у Jen. Litztg. 1877. № 5. Steinlechner у Wien. Ztschr. IV. стр. 353 и д. Hellmann у krit. Vjschr. XIX. стр. 349 и д.) Ogonowski die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R. 1877. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. (о томе Wendt у Jen. Litztg. 1879. № 8. Wlassak у Wiener Ztschr. VII. стр. 187 и д. Krüger у civ. Arch. LXII. стр. 203 и д. Ruhstrat у krit. Vjschr. XXI. стр. 374 и д.) Wlassak z. Geschichte d. negotiorum gestio. 1879. (о томе Exner у Wiener Ztschr. VII. стр. 203 и д. Krüger у civ. Arch. LXII. стр. 496 и д.) Ruhstrat у dogm. Jahrb. XIX. 6. стр 254 и д. Sturm d. Grundprincip der negot. gest. 1882. (о томе Pfersche у Wiener Ztschr. X. стр. 445). Lenel das ed. perpet. стр. 83 и д. Brinz Pand. 2. изд. II. §. 321.

2 Negotiorum gestio може се подударati са мандатом. Онај који по овлашћењу неког другог свршава послове неког трећег, може бити negotiorum gestor према овом последњем а мандатар према овом првом, L. 3. §. 11. L. 27. (28.) cf. L. 45. (46.) §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t.; а мандант је услед датог овлашћења negotiorum gestor трећег, L. 20. (21.) §. 3. D. h. t. Brinz н. н. м. стр. 638. 651 и д.

§. 298.

Онај који је свршио какав туђ посао има, са своје стране, према господару посла потраживања, која су слична оним која има мандатар, а остварује их са con-

^k L. 3. §. 9. eod. ^l L. 3. §. 4. eod.

traria negotiorum gestorum actio^a. Нарочито може са истом тражити накнаду трошка, који је учинио у интересу господара посла и ослобођење од обвеза, које је ради тога на се примио^b. За основаност таквих потраживања тражи се: 1) да је отправљач посла радио са пажњом и по смишљеној оцени прилика^c, онако како је то захтевао прави интерес господара посла^d; да није противно вољи господара, коју је исказао изрично^e, или која се иначе може сазнати^f, тако да се према свима приликама може узети, да би он такав начин заступања одобрио, да је имао прилике да искаже своју вољу. У таком случају отправнику посла не шкоди, ако доцније његово заузимање, без његове кривице, не би имало успеха^g; 2) да је отправник посла имао вољу, да за другог нешто уради, па ма тај други и не био одређен^h, а не само из неке обвезеⁱ, из дарежљивости^k, или ради сопствене користи^l.

Кад господар посла одобри отправништво посла, то је онда свршени посао за истог тако обавезан, као кад би цео посао одмах испочетка по његовом овлашћењу био предузет^m.

Прим. 1. О условима negotium-a utiliter gestum-a в. Kritz Pandektenrecht I. стр. 392 и д. Wächter у civ. Arch. XX. стр. 337 и д. Chambon н. н. м. стр. 62 и д. Ruhstrat у civ. Arch. XXXII. 7. XXXIII. 2. 9. XXXIV. 3. LXIV. 2. Dankwardt стр. 28 и д. Leist das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Civ. Studien 2. Heft 1855. стр. 112. и д. (о томе Dankwardt и Stirtzing у Heidelb. krit. Ztschr. III. стр. 155 и д.

a §. 1. J. l. c. 3. 27. в. §. 293. not. a., c. b L. 2. 18. (19.) §. 4. L. 44. (45.) pr. D. h. t. L. 3. 10. 15. 18. Cod. h. t. c L. 24. (25.) D. h. t. d L. 9. (10.) in f. L. 26. (27.) pr. eod. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 22. (23.) D. h. t. 2. Cod. eod. e L. 7. (8). §. 3. D. eod. L. 24. Cod. h. t. cf. L. 40. D. mand. 17. 4. L. 14. §. 13. D. de relig. 11. 7. f L. 10. (11.) D. h. t. 3. 5. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. cf. L. 3. §. 8. L. 5. pr. §. 2. eod. g L. 9. (10.) §. 4. L. 14. (12). §. 2. L. 21. (22.) D. h. t. h L. 14. §. 4. D. comm. div. 10. 3. L. 5. §. 4. L. 5. §. 10. 12. 13. (L. 6. §. 8. 10. 11.) L. 21. (22.) D. h. t. i arg. L. 5. Cod. h. t. k L. 11. 13. 15. Cod. h. t. L. 26. (27.) §. 1. L. 33. (34.) 43. (44.) D. h. t. l L. 5. §. 5. (L. 6. §. 3.) D. h. t. L. 48. (49.) eod. m L. 8. (9.) D. h. t. L. 5. §. 11.. 13. (L. 6. §. 9.. 11.) eod. cf. L. 60. D. de R. J. (§. 78.)

163 и д.) Ruhstrat über neg. gestio. 1858. (о томе Arndts у Heimerl's Vjschr. I. Lit. стр. 41., civ. Schr. I. стр. 419. и д.) Jacoby у dogmat. Jahrb. IV. 3., против овога и Windscheid-a §. 430. прим. 17. Ruhstrat тамо IX. 3. в. X. 4. в. Vangerow 7. изд стр. 506 и д. Monroe н. н. м. стр. 25 и д. Sturm das negotium utiliter gestum. 1878. (о томе Wendt у Jen. Litztg. 1879. № 8. Krüger у civ. Arch. LXII. стр. 206 и д. Ruhstrat у krit. Vjschr. XXI. стр. 365 и д. Wlassak у Wien. Ztschr. VII. стр. 191 и д.) Wächter II. стр. 455 и д. В. још Ruhstrat d. neg. gest. des dritten Contrahenten, у Bödiker's Mag. III. стр. 1 и д. Brinz н. н. м. прим. 33. и стр. 653. Ruhstrat Beitrag 2. L. v. d. Contractsschliessung mit Geschäftsführerem, у Bödicker's Mag. IV. стр. 161.. 250 и исти, II. прилог, тамо VI. стр. 1 и д.

2 У случајима not. e. i. k. отправник послова нема права ни на накнаду, кад би противник тиме што добио; cf. L. 2. Cod. h. t. Спорно је, у колико има места томе потраживању у случају not. l.² Ако је неко са знањем или *sui lucri causa* свршио туђе послове, то му се даје тужба у накнаду оног што би било као обогаћење. L. 5. §. 5. (L. 6. §. 3.) D. h. t. Ако је из заблуде туђе послове по-свршавао као своје, то му се због истих даје само право ретенције у L. 14. §. 1. L. 29. pr. D. comm. div. 10. 3. срав. §. 152. прим. 4. с., али у L. 48. (49.) D. h. t. 3. 5. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. даје му се и тужба. О објашњењу тих места в.: Chambon н. н. м. стр. 138 и д. 148 и д. Ruhstrat у civ. Arch. XXXIV. стр. стр. 68 и д. Stintzing у Heidelb. Ztschr. III. стр. 169. Grosskopff zur Lehre vom Retentionsrechte стр. 103 и д. Witte Bereicherungsklagen стр. 9 и д. Francke Comm. стр. 378 и д. Windscheid §. 431. прим. 18. Vangerow н. н. м. Brinz н. н. м. стр. 646 и д. в. §. 248. прим. 3. на kraju. — У погледу излишних издатака (*impensae voluptariae*) negotiorum gestor има само право *ius tollendi*. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 26. (27.) pr. D. h. t. 3. 5.

3 Према непунољетном господару посла actio negot. gest. contraria управљена је увек само на накнаду, *in quantum locupletior factus est*. L. 5. §. 2. (L. 6. pr.) L. 36. (37.) pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

4 У погледу утицаја који има одобрење изгледа да има противречност и између ових места: a) L. 8. (9.) D. h. t. (Scaevola lib. I. quaest.) Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel cooperit, nuda

voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impedit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Cf. L. 50. pr. D. mand. 17. 1. L. 5. §. 12. (L. 6. §. 10.) D. h. t. 3. 5. L. 9. 19. Cod. h. t. b) L. 60. D. de R. J. Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. В. о томе Chambon стр. 55 и д. Ruhstrat XXXIII. стр. 234 и д. Leist н. н. м. стр. 143 и д. Stintzing н. н. м. стр. 174. Fuchs у prakt. Arch. VII. 13. стр. 291. Vangerow стр. 508 и д. Zimmermann stellv. Neg. Gest. §. 7. и д. Monroy н. н. м. §. 10. 11. Brinz н. н. м. прим. 25. и стр. 639. Может быть да би у L. 60. требало читати: obstringitur ut (т.ј. velut) mandati actione? Против тога Leist стр. 146.

§. 299.

За неколико случајева отправништва послова постоје особите тужбе, које се у погледу њихових претпоставака разликују од *actio negotiorum gestorum*.

1) Ко се постара о сахрани тела, о којој је био дужан да се постара неко други, може са *actio funeralia* тражити према обвезному накнаду умерених издатака, ма да је био мњења, да је он сам на то обвезан или ма да је, али са основаног разлога, радио и против забране оног који је у истини био обвезан^a.

2) Они, који су уведени (eingewiesen) у државину добара неког другог, могу бити тужени, у погледу њиховог управљања истим, са *actio in factum*, која је слична *acti-ji negotiorum gestorum*, односно могу њихове противтражбине њоме остварити, али одговарају само за *dolus* и *lat-y culp-y*^b.

^a L. 12. §. 2. et sqq. D. de religiosis et sumtibus funerum... 11. 7. Cod. 3. 44. b L. 9. 14. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 15. §. 34. D. de damno infecto 39. 2. §. 93. not. k...m.

Прим. Обvezani су на сарану: a) они, којима је под тим условом нешто остављено, даље b) наследник, L. 12. §. 4. L. 14. §. 1. 13. D. h. t. 11. 7. Pract. Arch. н. р. 12. стр. 309., и поред њега c) по смрти удате жене онај коме би припао њен мирав, у сразмери његовог износа према износу наслеђа, L. 16. 20. 22. 27. 29. 30. eod., d) који је имао родитељску власт над умрлим, L. 21. 28. eod., на послетку e) in subsidium муж, у колико би то могао учинити без смањивања свога издржана, L. 28. eod. в. §. 225 прим. 4. на крају. Мера трошка одређује се према положају и имању умрлог, односно обвезног. L. 12. §. 5. L. 14. §. 6. L. 21. 28. D. l. c. — Walther über Leichenbestattungskosten nach heutigem R. R. in Linde's Ztschr. н. р. XVII. 12. Brinz Pand. 2. изд. §. 321 a.

В. Битно двострани облигаторни односи.

1). Уговор куповине^a.

а). Претпоставке^b.

§. 300.

а). Појам и предмет.

Уговор куповине (*emtio venditio*)^c у томе је, што се једно лице (*vendor*) обвезује, да другом лицу уступи извесан имовни предмет, а овај опет њему за то обећава извесну цену у новцу, као противучинку. Битно је дакле 1) с једне стране, цена у новцу одређена^d, па макар то било у вези^e за каквом споредном учинком друге врсте^f. Но определење цене може зависити од неке још неизвесне или непознате околности^g, нарочито од нахођења неког одређеног трећег и онда је куповина условна^h. А може бити и тако, да је неодређена остављена правичној

^a J. de emtione et venditione. 3. 23. cf. X. de emtione et venditione. 3. 17. b Dig. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. 18. 1. Cod. de contrahenda emtione (et venditione). 4. 38. c L. 1. pr. §. 1. L. 72. pr. D. h. t. L. 1. D. de rer. permutat. 19. 4. §. 2. J. h. t. cf. L. 9. Cod. de rescind. vend. 4. 44. d L. 6. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 21. §. 4. eod. L. 79. D. h. t. e L. 7. §. 1. 2. L. 37. D. h. t. f L. ult. Cod. h. t. 4. 38. §. 1. J. h. t. cf. §. 1. J. de loc. et cond. 3. 24. Gai. III. 140. L. 75. 77. 79. D. pro soc. 17. 2.

оцени неког непристрасног стручњака (*arbitratus boni viri*^g), и у том смислу, шта више, може по данашњем праву, али не по римском^h, остављена бити и оцени једног од уговорача;³ 2) с друге стране, предмет куповине, који може бити не само нека ствар,⁴ већ и сваки други у опште отуђиви предмет имовине н.пр. *ius in re aliena*ⁱ, или њихово вршење^k каква тражбина^l, па шта више и просто право државине^m, какво имање као целинаⁿ, какав збир^o, једнаких и разних ствари,^s на послетку и ствари које ће тек бити т.ј. које ће се тек направити^p, па чак^q, и такве за које се у опште незнана хоће ли их бити.^r

Ствар која је предмет куповине може бити како туђа^{sa} тако и оног који је продаје^r. Но не вреди куповина крађене ствари,^{sb} ако купац и продавац о томе знају, а не везује продавца, ако само купац зна за то^s. Куповина не вреди, осим ако је купац био у погледу својства ствари у заблуди, и онда, кад је купљена ствар *res extra commercium*^t, даље кад је предмет куповине ствар, које је продаја и куповина у опште или тим лицима законски забрањена.^u

Прим. 1. Срав. у опште Glück Erläutr. Th. 16. 17/1. 20. Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. u. d. wichtigsten neuern Gesetzg. Leipzig 1838. 2. изд. приредио Wengler 1865. Thöl Handelsrecht 4. изд. I. §. 63.. 90. 5. изд. §. 250. и д. Grath и Wilda у Rtslex. VI.

g cf. L. 25. pr. D. loc. 19. 2. L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. h cf. L. 35. 8. 1. D. h. t. 18. 1. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. L. 22. §. 1. D. de R. J. L. ult. Cod. h. t. i L. 20. D. de servitut. 8. 1. §. 188. 193. 198. 200. k L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. §. 179. not. m. l Dig. de (hereditate vel) actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. §. 254. и д. m L. 34. §. 4. D. h. t. 18. 1. L. 28. D. de poss. 41. 2. §. 135. n not. l. o L. 62. §. 2. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. p §. 4. J. de locat. 3. 24. L. 2. §. 1. D. loc. 19. 2. L. 20. 65. D. h. t. 18. 1. q L. 8. D. h. t. §. 236. not. a. r L. 28. 34. §. 4. L. 16.. 18. pr. L. 39. pr. L. 61. D. h. t. L. 4. 10. Cod. h. t. 4. 38. cf. Cod. de rebus alienis non alienandis... 4. 51. de communium rerum alienatione. 4. 52. s L. 34. §. 3. D. h. t. t L. 4.. 8. pr. L. 22. 23. 24. 34. §. 1. 2. D. h. t. 18. 1. L. 8. §. 1. D. de relig. 11. 7. L. 4. Cod. de sep. viol. 9. 19. cf. L. 62. §. 1. L. 70. D. h. t. L. 39. §. 3. 4. D. de evict. 21. 2. L. 4. D. quib. ad libert. 40. 13. L. 25. Cod. de evict. 8. 44. (45.) §. 5. J. h. t. u L. 35. §. 2. D. h. t. cf. Cod. quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur. 4. 49. L. 62. pr. D. h. i. L. un. Cod. de contract iud. t. 53.

стр. 10.. 57. Windscheid §. 385.. 397. Bernhöft Beitr. z. L. v. Kaufe, у dogm. Jahrb. XIV. стр. 58.. 205. (о томе Wendt у Jen. Litztg. 1875. № 17.) Bechmann der Kauf nach gemeinem Recht. Thl. I. Geschichte des Kaufs im R. R. Erlangen 1876. (о томе Degenkolb у krit. Vjschr. XX. стр. 481 и д. Bernhöft у Jen. Litztg. 1877. № 21. Bremer у Wiener Ztschr. IV. стр. 739.) Thl. II. System des Kaufs nach gem. Recht. Erste Abth. 1884. Endemann Studien in d. rom.-kanon. Wirthschafts- und Rechtslehre II. (1883.) № 5. стр. 3 и д. Brinz Pand. 2. изд. §. 325. и д. В. још Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 133. и д. Lenel у dogm. Jahrb. XIX. стр. 209 и д. О односу куповине према сродним пословима: Bechmann I. стр. 420 и д. 427 и д. 485 и д. II. стр. 119 и д. 159 и д. 255. 406 и д. 556 и д. О спису Бехманову II. 1.: Degenkolb у krit. Vjschr. XXVII. стр. 454.. 472. — В. још Mommsen у Ztschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. стр. 260 и д.

1^a Али и данас, као и од вајкада, може у томе, што се једно за другим,^s даје и узима новац и ствар, бити куповина сама за се (der Kauf selbst), нека природна куповина (Naturalkauf...) које није производ неке облигације или уговорања, које је претходило или које вала претходно замислити... већ која је више... непосредна размена и основ место последица облигације. Brinz II. §. 325. стр. 690 и д. Bechmann I. стр. 8 и даље.

2 Изузеће у случају, кад је некоме нека ствар попуђена? Thöl 4. изд. §. 63. прим. 2. 5. изд. §. 251. прим. 5. в. Gai. III. 141. L. 1. Cod. de permutat. 4. 64. Leist у Linde's Ztschr. XVII. стр. 361 и д. Brinz §. 325. код прим. 36.

2^a Bechmann II. стр. 375 и д. 384 и д. о куповини „са одређивањем (Zweckbestimmung) циља или ограничењем циља (Zweckbeschränkung)“, тамо стр. 387.

3 Врло се често поставља као правило: *preium debet esse: a) verum, b) certum, c) iustum.* Но в. Thöl §. 64. 5 изд. §. 252. нарочито уз a) L. 36. 38. D. h. t. L. 3. 9. Cod. h. t. L. ult. D. pro don. 41. 6. L. 7. §. 6. L. 32. §. 25. 26. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; уз b) места у not. e... g. Seuffert's Arch. II. 166. VII. 26. XII. 20. Fels die Bestimmtheit des Kaufpreises im gem. R. 1878. (штампано прво као инаугурална расправа под насловом: Das Preium certum des R. R. 1878.) (о томе Eck у Jen. Litztg. 1879. № 30.) Brinz II. стр. 705 и д. Bechmann I. стр. 544 и д. II. стр. 338 и д. уз c) L. 22. §. 3. D. loc. 19. 2. (Paul.) In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere. L. 16..

§. 4. D. de minor. 4. 4. Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Отуда изрека: „по цену која је по вољи“ (beliebig theuer und wohlfeil). Но в. доле §. 307. R. P. O. в. 157⁷. Tit. 19. §. 3. где се постављају одредбе о цени за тзв. куповину на велико (куповину плодова у класу или на дрвету) „anders und merers nicht, als auf den Schlag, und gemeinen Kauf, was nemlich der Wein oder Treyd, zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehen Tag die nechsten nach dem Herbst oder Ernden gelten wird“. Seufferts Arch. XIV. 24. Bechmann II. стр. 148 и д. — У осталом врло је спорно: **α)** да ли вреди куповина код које је одређивање цене остављено ex arbitratu boni viri (not. g.)? Против тога говори L. 25. pr. D. loc. 19. 2. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; cf. L. ult. Cod. h. t. за то L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. Potest ita fieri pignoris datio... ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio; **β)** да ли се одређивање цене може оставити једном од уговорника (not. h.)? Против тога по рим. праву L. 35. §. 1. D. h. t. 18. 1. Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum (cf. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, nulla obligatio est. Idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam vel quilibet aliis distrahere non compellitur; но о томе в. Goldschmidt у д. Ztschr. f. Handelsrecht. I. који то место схвата као прсту понуду „ако хоћем“, што се рђаво слаже са изразом conventione. Није од решавајућег значаја за ово питање L. 22. §. 1. D. de R. J. Generaliter probandum est, ubicumque in bonaे fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. Cf. L. ult. Cod. h. t. За то Thöl н. н. м. §. 64. стр. 403. 5. изд. §. 252. св. I. 2. стр. 214. вели: „такав безуслован пристанак па цену, коју би купац понудио, не везује продавца“. Друкче стоји ствар по данашњем праву (§. 232.). В. Seuffert §. 322. прим. 9. „Ако би определене цене било у опште остављено arbitrium-y boni viri или једном од уговорника, то онда није куповина, (aliud genus contractus) већ консенсуалан посао без техничког имена (pactum de emtione venditione contrahenda), који по данашњем праву потпуно важи“. Seuffert's Arch. IX. 339. XI. 233. XVI. 41.; в. Windscheid §. 386. прим. 6. 7. Brinz II. стр. 706. нарочито код прим. 28.

4 Bechmann II. стр. 117 и д. Emtio possessionis (not. m.); Bechmann II. стр. 74 и д. Да ли и готов новац? Heyer у Linde's Ztschr. n. р. XV. стр. 42 и д. против тога Anthes тамо XVIII. 13., али в. Windscheid §. 385. прим. 3. Goldschmidt Handelsrecht. I. 2. стр. 1104. прим. 11. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung стр. 16. прим. 33. Flesch у dogm. Jahrb. XIX. 7. нарочито стр. 334 и д. и против њега Riesser тамо XX. 5. стр. 201 и д. нарочито стр. 236 и д. 248 и д. Bechmann II. стр. 153 и д.

5 Куповина какве целине за једну укупну цену зове се emtio in aversione или per aversionem (not. o. cf. L. 1. §. 15. D. de exerc. act. 14. 1. L. 10. §. 2. D. de lege Rhod. 14. 2.), куповина ћутуре, оценице (Kauf in Bausch und Bogen), која се разликује од једновремене куповине више ствари са засебним ценама. В. Brinz II. стр. 702 и д. Bechmann II. стр 358 и д.

6 Ваља разликовати emtio spei или куповање наде (Hoffnungskauf) и emtio rei speratae, куповање ствари која се тек исчекује. Ова последња зависи од постојања таквих ствари, које су при куповини стављене у изглед, а прва не (not. q.) В. Brinz §. 325. прим. 18. Другаче Bechmann II. стр. 142 и д. 252 и д.

6^a Kohler Kauf einer fremden Sache, in Ges. Abh. №. 8. стр. 224.. 295.

6^b В. уз то Bechmann I. стр. 684 и д. II. стр. 208 и д.

7 L. 4. D. h. t. Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur: L. 5. eod. „quia difficile dignosci potest liber homo a servo.“ — §. 5. J. h. t. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit; quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. L. 62. §. 1. D. h. t. Qui nesciens loca sacra, vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur. L. 70. eod. Liberi hominis emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet. etiamsi venditor sciens, emtor autem ignoret. Cf. L. 39. §. 3. D. 21. 2. „...qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, evictionis nomine tenetur“. Према томе пита се а да ли оно што је сасвим јасно речено за продају каквог слободног лица важи и за продају какве res extra commercium у опште или је то наређење сасвим засебне природе? како би се могло с правом узети нешто

због оног практичног разлога, који је наведен у L. 5. cit., а нешто због уображене противречности места у not. t. (но в. против тога Brinz у krit. Ueberschau V. стр. 295); — даље б) да ли у другим случајевима купац који не зна према продавцу који зна има право на цео мањак (Interesse) (*id quod eius interest, rem emtam habere*) или само на накнаду штете услед обмана (*dolo malo или lata culpa venditoris*), (*quod eius interest, se deceptum non esse*)? У оба погледа, па и за случај у not. s. брани мњење ужег обима Mommsen Beitr. I. стр. 118 и д. Windscheid у Heidelb. krit. Ztschr. II. стр. 116. и д. Ude у civ. Arch. XLVIII. стр. 246. и д. — Но Jhering у dogm. Jahrb. IV. стр. 9 и д. 63 и д. држи да је *emtio liberi hominis*, као и сваке друге ствари *res extra commercium*, nulla и налази, да се потраживање накнаде невиног купца може у сваком случају правдати са гледишта продавчеве кулпе *in contrahendo* (в. §. 231. прим. 2. е.). Против тога у оба погледа Brandis у Linde's Ztschr. VII. стр. 180 и д. Savigny Obl. II. стр. 284 и д. Sintenis II. §. 83. прим. 22. §. 97. прим. 7. 7а. в. §. 96. прим. 18а. и др. и сад нарочито Mommsen Erörter. II. стр. 33 и д. 89 и д. Противна страна, без довољно разлога, претпоставља, да се „*deceptum non esse*“, у најужем смислу, односи само на „негативни уговорни интересе“ (Jhering стр. 65), или тумачи израз „*emtio non tenet*“ тако, као да значи, да је посао апсолутно ништаван. Није „немогуће“, као што Jhering вели стр. 18, већ је сасвим „могло бити, да се римски правник могао послужити, тим речима, кад би хтео да даде купцу тужбу на интересе испуњења (*Erfüllungsinteresse*)“. Сасвим је могао казати, да куповина купца не везује, или опет за то да продаја није необавезна за продавца, ма да онај хоће да остане на томе (*obwohl jener dazu stehen will*). В. горе §. 202. not. g. §. 234. прим. 3. 4. Кад су по Jhering-у стр. 64. прим. 68. наследници неког дрварског трговца продали у неизнају један део јавног плоца, запшто да ту не важи оно што би вазило, да су продали какву пољану, која није *in usu publico* већ *in pecunia reipublicae*, а коју сопственик не би продао ни по коју цену? — Срав. у осталом сад још Windscheid Pand. §. 315. прим. 5. 7., који, с тога што се места која се међу собом не слажу потишу, узима, да у случају куповине ствари изузете из саобраћаја, иста не вреди као и пре, али одступа од свог ранијег мњења и мисли, да је и невини продавац обвезан да даде купцу, који је у неизнају, накнаду штете, која је по њега потекла отуда, што се ослонио на куповину као уговор који вреди. Међу тим Bechmann, који за римско право заступа мњење, да је куповина ништавна али да продавац одговара за њену извршљивост, са гледишта данашњег

права тврди и заступа противно мњење, да уговор важи, јер у модерном праву нема римског појма *res publicae* и *r. divini iuris*. (П. стр. 439 и д.) В. и Dernburg Pand. II. §. 16. прим. 13. Опширно о овоме говори сад Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 160 и д. Противречност је давати *actio emti* из уговора куповине који је ништаван. Уговор стоји по праву, али он не производи онај објективан однос, који води продаји ствари, а који ми називамо „куповином“. Куповина слободног човека и неке ствари која је *res extra comm.*, као уговор стоји по праву, када је купцу та особина предмета куповине била непозната, без обзира на то да ли је продавцу била позната или не. Продавац одговара купцу за (евикциони) мањак (Evictionsinteresse) (стр. 171). О L-у 21. D. 19. 1. в. стр. 174.. 179.

8 О томе в. Bechmann II. стр. 290 и д.

§. 301.

β). Закључивање уговора.

Уговор куповине закључен је и по правилу за обе стране одмах обвезан, чим се уговорници сложе о предмету и цени као учинбама, које имају једна према другој да испуне^a, у колико уговор не би још зависио од каквог условия.¹ Такав је услов онда, кад је куповина закључена са задржавањем права оцене и примања робе од стране купца^b. У том је случају закључак уговора зависан од нахођења купчевог, осим ако није раскидање безусловно закљученог уговора везано за неодбравање истог, које ће купац моћи доцније изјавити.² Непотпун је, те по том као и условљен, уговор куповине, кад кога је цена одређена према мери, тежини или броју предмета^c, као и онда, кад је сам предмет тако означен, да га ваља тек издвојити из неке целине^e, дотле док се не изврши одвајање, преbroјавање, мерење.³

a L. 9.. 15. D. h. t. cf. L. 7. eod. b L. 34. §. 5. D. h. t. L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6. §. 4. J. h. t. cf. L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. c L. 3. D. h. t. 18. 1. cf. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 71. прим. 5. 6. §. 249. прим. 1. 2.) d L. 35. §. 5. 6. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 2. Cod. eod. 4. 48. e L. 34. §. 5. L. 35. §. 7. D. h. i.

За закључивање куповине, по правилу, не тражи се никаква особита форма.⁴ Ако је уговорено писмено састављање уговора, то по правилу (§. 232) закључак уговора зависи од састављања дотичне исправе⁵.

У осталом, може постојати и обвеза на закључење уговора куповине, која кад се не испуни ствара тужбу на накнаду мањка (интересе).⁶ То нарочито бива у случају тзв. *pactum-a de retrovendendo*, по коме се купац какве ствари обвезује, да је прода натраг продавцу или *pactum-a de retroemendo*, по коме се продавац обвезује да продату ствар натраг купи^g. — Једна ограничена врста обвезе те врсте постаје из тзв. *ius protimiseos*, пречег права куповине (*Vorkaufsrecht*), по коме, онај, који има то право, може тражити, кад обвезани хоће да продаје, да њему пре осталих прода^h.

Прим. 1 Уговор куповине назива се *perfecta emtio venditio* чим је закључен тако да везује: L. 2. Cod. quando lic. 4. 45. cf. L. 3. 5. §. 1. (L. 5. i. f.) Cod. ne rescind. vend. 4. 44. („consensu mutuo perfectam venditionem — resolvi non posse“ или „consensu mutuo — perfectam vend. r. n. posse?“) по коме би под изразом *perfecta venditio* ваљало разумети продају код које је извршена продаја ствари, в. §. 267. прим. 1а. и L 1. Cod. de vend. reb. civ. 11. 32. (31.) L. 21. §. 7. D. ad mun. 50. 1.). Но условљена куповина постаје тек existente conditione perfecta emtio. §. 71. прим. 2. L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. „si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, (quantum) sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio.“ B. Stintzing y dogm. Jahrb. X. стр. 191 и д. 200 и д. против тога Regelsberger y krit. Vjschr. XIII. стр. 99 и д. 116. (§. 302. прим. 2.). Wendt Reurecht und Gebundenheit. II. Die Reuverträge §. 7. Bechmann II. стр. 395 и д. Разна мњења о томе, шта је и кад је *perfecta emtio* код Puntschart-a стр. 41..56. Он разуме под перфекцијом (не само куповине већ сваког правног поса) у опште „потпуно дејствовање“ (*Vollwirksamkeit*) истог.

2 У изворима се нарочито истиче један случај те врсте: куповина вина са правом коштања (*degustatio*) и тај се случај

f pr. J. h. t. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. g L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 2. Cod. de pact. int. emi. 4. 54. h L. 75. D. h. t. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 122. §. 3. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 7. 8. D. oe in diem add. 18. 2. b. §. 197.

сматра као неки узор-пример, те је отуд уобичајено употребљавати израз „*emtio ad gustum*“, за све сличне случаје. (Puchta §. 360. код not. i. Savigny Syst. III. стр. 131. прим. i.). Противно томе покушао је Goldschmidt у d. Ztschr. f. Handelsrecht. I. стр. 73 и д. да докаже, да су у римском праву за продају вина (у бурадима) постојале особите одредбе, по којима се та врста продаје разликовала битно од других случајева који спадају овде. Та се разлика састојала у томе, што се код њега по себи подразумевало задржавање права коштања (*degustatio*), и то као резолутиван услов, да је купац само због асог-а и тисог-а продатог вина у праву да прекине куповину, али да је опасност пропадања прелазила одмах на купца. Уз та његова разлагања пристали су више њих н.пр. Fitting у civ. Arch. XLVI. стр. 241. Thöl Handelsrecht. 4. изд. §. 71. 5. изд. §. 259. В. сад још Wendt Reuverträge стр. 35 и д. 92 и д. 127 и д. Kohler у dogm. Jahrb. XVII. стр. 355. и д. Bechmann II. стр. 537. и д. Но остављајући на страпу, да ли је то тако или не, признато је у сваком случају то, да опе установе *degustatio vini* у његовом особеном римском облику нема више у данашњем праву, а да се на против, како по данашњем тако и по римском праву, свака куповина може везати, како у погледу њеног закључка тако у погледу њеног трајања, за одобрење од стране купца, да како закључак поша тако и његов престанак зависе од допадања односно недопадања купчевог. Таква се куповина назива куповилом „по нахочењу“ (nach Belieben) „по вољи“ (nach Gefallen) „по допадању“ (auf Gefallen) „по виђењу“ (auf Besicht) или „на пробу“ (auf Probe), (но под овим последњим изразом има н.пр. Puchta §. 360. not. k., који подразумевају само резолутивно условљени посао те врсте). Немачки трговачки закон чл. 339. 347. усвојио је изразе „по виђењу“ или „на пробу“, али је поставио, да у томе, у сумњи, ваља гледати одложен услов. Но спорно је, да ли је у том случају опстанак поса зависан од простог нахочења купчевог или је зависан од *arbitrium-a boni viri*. Ово последње оштроумно брани у најновије доба Unger у Goldschmidt's Ztschr. III. стр. 407 и д. у том смислу, да је стало до објективне истине, да ли се роба купцу допада, да ли он (не неко трећи, па ма то био и судија) налази да одговара цени и да се може примити, за шта је дозвољена и понуда заклетве, али да купац не може из простог ћефа или за то што му се куповина (уговор куповине) не допада, да поквари исти. Против тога Fitting у Goldschmidt's Ztschr. V. стр. 90. и д. и у civ. Arch. XLVI. стр. 243. 254. и д. Thöl н. н. м. Wendt стр. 63.: „У ствари нема никаквих граница за оцену и

решење оног коме је placere остављено на вољу“; Bechmann II. стр. 219.: „Практично узев... немотивиран суд о некој околности која одређује какво ће бити решење, није ништа друго до воља“... „узалудна је мука тражити... између услова *si volam* и услова *si res placuerit*... неку практичну разлику“, а с тим се слаже и немачки тргов, зак. (чл. 339.), па с тога Thöl и вели, да је најзгоднији израз „куповина, погодба по ћефу“ (*Handel auf Laune*). О ближим одредбама в. у осталом нарочито Goldschmidt н. н. м. I. стр. 111 и д. 262 и д. 386 и д. 554 и д. и Thöl н. н. м. в. и Hofmann *Periculum* §. 34. 35. и Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 153.; о пракси: Seuffert's Arch III. 46. X. 40. XVIII. 239. — Сасвим се разликује од тзв. куповине на пробу куповина за пробу, која у правном погледу нема ничег засебног (од обичне куповине). В. Heise über den Kauf nach vorgezeigten Proben у Linde's Ztschr. н. р. III. 4. Тргов. зак. чл. 340. 341. 347. Thöl н. н. м. §. 72. Hofmann н. н. м. §. 36. Dernburg н. н. м. §. 154. — Seuffert's Arch. I. 337. II. 169. III. 46. IV. 78. V. 129. 154. VI. 27. VII. 304. VIII. 39. IX. 88. XVI. 43. Puntschart стр. 187.. 196.

3 L. 35. §. 5. D. h. t. 18. 1. In his, quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simulatque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut, in singulos (singulas) metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris (emtio perficiatur?) §. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae, proxime tractavimus. §. 7. Sed et si ex dolario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videcur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem

pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel (insimul) dictum sit, an in singulos eos. В. §. 302. прим. 2. 3. Bechmann II. стр. 320 и д. нарочито о испоручном послу (*Lieferungsgeschäft*) тамо стр. 331 и д. и Brinz II. стр. 731 и д.

4 О продаји надметањем, лицитацијом (*Versteigerung*) в. §. 231, прим. 4.

5 Под то гледиште могла би се ставити и (сuspensivno — одложно — условљена) погодба по вољи (прим. 2.), као претходан уговор за куповину, који везује само понуђача, као обвездно обећање само са његове стране, да двострани уговор закључи, ако друга страна хоће, али се она по римском праву сматра као услован закључак самог уговора куповине. В. Goldschmidt н. н. м. стр. 266 и д. Thöl §. 71. 5. изд. §. 259. То је по римском праву било важно, јер уговор као претходни уговор, који није био бар условљена emtio, дакле који није био консенсуалан уговор, без стипулације, није везивао ни самог понуђача. По данашњем праву понуђач је ван сваке сумње обвездан и само постоји та разлика у схвatanju, да по једном у први мах постаје само обвеза понуђача да закључи уговор, а по другом, да је уговор куповине закључен чим купац изјави свој пристанак, онако као што је и свака условна куповина закључена, одмах чим се испуни услов, претпостављајући при томе, разуме се, да је садржина уговора потпуно утврђена. Било је истина покушаја, да се оно схватање римског права оспори, као противно правилу, да један облигаторан уговор не може бити зависан од просте воље оног који се обвезује (§. 67. прим. 1.). Savigny н. н. м. (прим. 2.) и с тиме нешто слично и Bechmann II. стр. 212 и д., 226 и д. који у томе види само „сасвим усамљено изузеће од тог правила“ (против тога Scheurl Nebenbest. стр. 92), а Unger н. н. м. давао је услову „*si placuerit*“, други значај, да би то избегао, док је Fitting у Goldschmidt's Ztsch. II. стр. 288 и д. V. стр. 90 и д. свео то правило на то, да се облигаторни уговор не сме изрично и отворено учинити зависним од воље оног који се обвезује, те отуда изводи могућност *emti-je sub conditione „si placuerit emtori“*. Но тешкоћа која отуда потиче одклања се и без тога посматрањем, да је овде говор о двостраном облигаторном уговору, да ништа не стоји томе на путу, да се прво тако закључи, да је један од уговорника одмах условно обвездан, али да опстанак после зависи од нахођења другог. Windscheid Pand. I. §. 93. прим. 1. Wendt Reuvertr. стр. 73. и д. в. горе §. 234. прим. 3.. 5. Томе није противан L. 13. Cod. h. t. (§. 300. прим. 3.), јер под conditio comparandi не ваља разумети услов у техничком смислу, већ битну уговорну одредбу, „продажни услов“ (*Verkaufs-*

bedingniss) §. 66. прим. 3. на крају. Тако исто ни L. 7. pr. D. h. t. 18. 1., јер отуда потиче само то, да је venditio sub conditione „si placuerit vendori“ nulla, т.ј. да није за продавца обавезна, да се овај на основу тога не може тужити ex emto, а не да и купац није везан, ако онај хоће (ово против Fitting-a у civ. Arch. XLVI. стр. 267). По данашњем праву тешко да ће бити што извесније од тога, да се може закључити уговор куповине, по потпуном споразуму о роби и цени са условом: „ако се купац (или „продавац“) о томе за 8 дана дефинитивно изјасни“. С тим се слаже и немачки тргов. зак. чл. 339.; в. bayer. Entw. II. чл. 352. Förster II. стр. 63 и д. В. још Römer „der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Specification“ у његовим Abh. ans dem R. R. Heft. 1. 1876. № 4. Против тога Kohler у dogm. Jahrb. XVII. стр. 273 и д.

б). Дејство уговора куповине.

а). Код куповине ствари.

§. 302.

аа). У опште.

Уговор куповине ствара обостране обвезе купца и продавца, чије испуњење може удејствујати овај по следњи са actio venditi а онај први са actio emti^a.

1) Обвеза продавца је у првом реду у томе^b, да он продату ствар купцу преда, тако да је у државини и уживању њену осигуран.^c Он је дужан, да преда са главном ствари и њен пратеж^d, и оно што је од закључка куповине као прираштај придошло, commodum rei^e.^f До предаје ствари обвезан је на сву пажњу у погледу исте^g, и одговара у опште за штету, коју би купцу нанео долусом или кулпом^h.

a) Dig. de actionibus emti (et) venditi. 19. 1. Cod. 4. 49. b) L. 11. §. 2. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. 19. 1. c) L. 13. §. 31. L. 14.. 18. 38. §. 2. D. h. t. L. 47.. 49. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 54.). d) L. 13. §. 10. 11. 13. D. h. t. L. 7. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 16. Cod. h. t. L. 4. §. 1. D. de usur. §. 22. 4. L. 81. (80.) pr. D. de furt. 47. 2. (§. 253.) e) L. 5. §. 2. i. f. D. commod. 13. 6. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 1. §. 4. L. 3. D. de periculo. 18. 6. §. 3 a. (3.) J. h. t. 3. 23. f) L. 9. 41. §. 1. D. de evict. 21. 2. L. 41. D. h. t.

2) Купац је обвезан, да куповину цену плати, са интересом од времена кад му је ствар предатаⁱ, и да накнади продавцу нужне и корисне издатке, које је овај учинио од закључка уговора^j. Ту је обвезу купац дужан и онда да испуни, када би од куповине случајно т.ј. без кривице продавчеве ствар пропала или би се погоршала или би купац иначе био ван могућности да му је преда^k; купац сноси опасност за ствар.^l Код условне куповине купац сноси само опасност погоршања ствари, али не и опасност пропадања њеног^m, све док је услов у питању. Ако је продато по мери, броју или тежини, онда купац не сноси ни опасност погоршања, док се не изврши мерење односно бројање,ⁿ осим ако је то изостало његовом кривицом^o. Код куповине по одобрењу или виђењу потиче само по себи, да купац не сноси опасност погоршања^p. И купац, у осталом, одговара продавцу за долус и кулпу.^q

Прим. 1 Да ли је намера за преносом сопствености искључена?
 в. а) L. 16. D. de cond. causa data. 12. 4. (Celsus). Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. (B. Brinz I. изд. стр. 408. „За то (ideo), само за то дат је (новац), те је дакле успех не онакав какав се жели и онда кад Стихус пре тога умре“ §. 342.) б) L. 80. §. 3. D. de contr. emt. 18. 1. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat. с) L. 30. §. 1. D. h. t. 19. 1. (African.) Si sciens alienam rem ignorantis mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignorantis vendidit. Cf. L. 9. 41.

g) L. 11. §. 2. L. 13. §. 19.. 21. D. h. t. L. 5. 6. Cod. h. t. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. h) L. 13. §. 22. D. h. t. L. 13. 16. Cod. h. t. i) Dig. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. §. 3. J. h. t. 3. 23. k) L. 8. D. l. c. §. 71. прим. 3. l) L. 5. D. l. c. L. 2. Cod. eod. L. 35. §. 7. D. de contrah. emt. m) L. 34. §. 5. D. l. c. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6.

§. 1. D. de evict. 21. 2. (§. 303. прим. 7.) d) Vat. fragm. §. 12. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor restituere non cogetur, tametsi maxime (Huschke: nisi maximis fideiussores evictionis offerantur, cum [Huschke: tametsi] ignorans possidere cooperit. Nam usucatio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari (praestolari?), cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat. Cf. L. 19. (18). §. 1. D. de peric. 18. 6. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. L. 24. Cod. de evict. 8. 44. (45.). По данашњем праву, по коме већ свака mala fides superveniens искључује застарелост (§. 160.), та места доследно добијају још ширу примену. Но има их, који су мњења, да је по данашњем праву са продајом одмах заснована дужност, обвеза преноса сопствености. Keller §. 330. Ziebarth Realexecution стр. 194.; против тога Windscheid §. 389. Brinz 2. изд. II. стр. 335. 337. В. у осталом Förster 2. изд. II. стр. 76. 81. и д. Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums Festschrift zu Witte's 60jähr. Doktorjub. 1874., о томе Wendt у Jen. Litztg. 1874. № 42. Hofmann у Wiener Ztschr. II. стр. 486 и д. Regelsberger у krit. Vjschr. XVII. стр. 273 и д. Bechmann Kauf. I. стр. 104. прим. 2. стр. 108. 305 и д. 546 и д. II. стр. 61 и д. против Eck-a Bernhöft у dogm. Jahrb. XIV. стр. 165 и д. против овог Windscheid 4. изд. §. 389. прим. 8а. в. још Karlowa Rechtsgeschäft стр. 212 и д. Kohler Ges. Abh. стр. 236. и д. — О праву продавца, да задржи предају ствари, кад цена није плаћена в. §. 234. прим. 2., нарочито о L. 50. D. h. t. Tiktin I. с. cap. IV. pag. 87 sq. У опште уз овај §. в. Puntschart. Он на стр. 181. овако резимира свој поглед о узајамности emti-je venditi-je: Куповина и продаја, као објективни односи, у погледу њиховог постанка независни су, али у погледу њиховог пуног дејства међусобно зависни. Субјективна права купца и продавца условљавају се не само у погледу њиховог постанка већ и у погледу њихове судске извршљивости.

1^a В. сад Bechmann II. стр. 362 и д.

2 §. 3. J. h. t. „Cum autem emtio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit“. L. 8 D. h. t. 18. 6. „perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet“. В. §. 275. прим. 1. Windscheid §. 390. Gelbke у civ. Arch. LIX. 12. Brinz 2. изд. §. 242. 243. Bechmann I. стр. 543. 591 и д. II. стр. 134 и д. О примени тога става посебице а) кад је предмет куповине одређен само

према роду, врсти (куповина по роду, врсти) (Genuskauf), било у опште или с обзиром на извесан скуп ствари, из којих ће се по мери, броју или тежини издвојити (теорија индивидуализирања или издвајања, испуњења или испоруке, Ausscheidungs- или Individualisierungstheorie, Erfüllungs- или Lieferungstheorie)?; Неуер у Linde's Ztschr. II. р. XV. 1. Thöl Handelsrecht I. §. 74 и д. 5. изд. §. 264 и д. Jhering у dogmat. Jahrb. IV. 5. Bekker у Jahrb. V. 17. Regelsberger у civ. Arch. XLIX. 8. Hofmann Periculum §. 41.. 48. Stintzing у dogm. Jahrb. X. 3. нарочито стр. 200 и д. Regelsberger у krit. Vjschr. XIII. стр. 109 и д. Kohler у dogm. Jahrb. XVII. стр. 390 и д. Flatau über das Tragen d. Gefahr beim Genuskaufe. 1880. б) кад је предмет куповине једна одређена целина, а цена није једна за целину, већ према њеној садржини одређена, а та ће се тек одредити мерењем, бројем и одмеравањем (emtio ad mensuram), куповина специје са ценом према квантитету (Specieskauf mit Quantitätspreis?); Thöl §. 75. 5. изд. §. 265. Hofmann §. 49. Regelsberger у Arch. стр. 184 и д. и у Vjschr. стр. 105 и д. Kohler II. II. м. стр. 394. с) код продаје туђе ствари Jhering у Jahrb. III. 7. Goose тамо IX. стр. 208. Vangerow §. 635. прим. III. стр. 438 и д. Windscheid §. 390. прим. 15. 16. д) кад један исти продавац прода једну исту ствар неколицини?: Jhering II. II. м. нарочито стр. 455 и д. Goose стр. 208 и д. Windscheid прим. 17. Vangerow прим. IV. Hofmann §. 51.. 53. Martinus der mehrfache Verkauf derselben Sache, Inaug-Dissert. Halle 1873. Windscheid II. II. м. 4. изд. Oesterlen d. mehrf. Verkauf derselben Sache. Inaug-Diss 1883. Врло темељно расправља сва та питања Puntschart: §. 21. Genuskauf. §. 22 e. ad mensuram. §. 23. altern. K. §. 24. Kauf künftiger Sachen §. 25. aufschiebend bedingter Kauf, §. 26. K. unter e. Resolutivbed., §. 27. Kauf mit in diem adiectio, §. 28. K. mit lex commissoria, §. 29. K. auf Probe, §. 30. Kauf einer fremden Sache, §. 31. 32. mehrfacher Verkauf derselben Sachen.

3 Mommsen Beitr. I. стр. 339 и д. ослобађа купца од reiculum-a deteriorationis само онда, кад је предмет куповине одређен само по мери, броју или тежини (§. 301. not. e.), а ипсу „у пропашћени сви предмети, између којих би се изабрао онај који ваља дати“, јер сматра да је куповина те врсте у опште равна куповини условној; в. и Thöl §. 75. 5. изд. §. 266. Windscheid §. 390. прим. 12.. 14. Hofmann стр. 135 и д. Али оба та ограничења ваља одбацити. В. §. 301. прим. 3. L. 2. Cod. de peric. 4. 48. Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini

mutati emtoris, qui moram mensurae facienda non intercessit, non fuit. §. 1. Quum autem universum, quod in horreis erat postea (possitum) venisse sine mensura et claves emtoribus traditas allegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. §. 2. Haec omnia locum habent non solum, si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora (deteriorata) aut penitus corrupta fuerint. В. и Vangeliow III. §. 635. прим. I. Bekker н. н. м. стр. 391 и д. Regelsberger у Vjschr. XIII. стр. 108 и д. Но при свем том: et custodiadim ad diem mensurae venditor praestare debet. L. 1. § 1 L. 2. §. 1. D. h. t. 18. 6.

4 Одговорност купца за exacta dilig. спори Pernice Labeo II. стр. 319. — Обвеза купчева да купљену ствар прими односно однесе: L. 9. D. de A. E. V. 19. 1. О потраживањима једног уговорника услед долуса другог: Mommsen Erört. II. Дод. I. стр. 143 и д. О једном особитом случају примене actio venditi у намери, да се тим путем добију натраг ствари, које нису обухваћене куповином а налазе се у купца: L. 29. 30. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. Cod. h. t. 4. 49., в. Fitting у civ. Arch. XLVIII. 12. и расправу која се тамо наводи, а коју је написао Thilo под насловом „de venditi actionis usu quodam speciali.“ Hal. 1865.

§. 303.

б). Обвеза због губитка државине. (Entwährung).

Продавац није само обвезан на то, да купцу ствар преда. Он одговара и за то, да је купац на основу куповине може и задржати (ut emtori rem habere liceat). С тога му мора дати накнаду, ако би му неко други правним путем ствар одuzeo (евинцираo)^a. Прегпоставка је те обвезе на накнаду за евикцију¹ то, да је купцу предмет куповине^b, цео или неки део,² одузет, законским судским путем^c, по правном основу^d, који је постао још у време куповине.^e Немајој места, ако је купцу ствар одузета по наређењу државне власти^f, или силом^g, или незаконитом судском

a Dig. de evictionibus et duplæ stipulatione 21. 2. Cod. de evictionibus. 8. 44. (45.) b L. 4. D. h. t. L. 47. eod. c L. 16. §. 4. L. 34. §. 4. 2. eod. d L. 27. 28. L. 34. pr. eod. L. 4. Cod. de periculo. 4. 48. e L. 11. pr. D. h. t. f L. 17. Cod. de act. emti. 4. 49.

пресудом^h, или кад је ствар предата без судске пресудеⁱ, или кад је пре одузимања пропала^j. Тако исто ни онда, кад је спор изгубљен купчевом кривицом^k, а нарочито онда, кад је купац, без оправдавајућег узрока, пропустио, да продавца, односно његове наследнике, на време извести о подигнутом спору (item denunciare^l), осим ако би могао доказати, да и то не би било од практичног значаја по успеху.^m Осим тога обвеза отпада и онда, кад је продаја извршена у намери коцкања, да продавац на тај начин дође до новцаⁿ, кад је ствар купљена^o као таква код које може наступити одузимање^p или кад је одговорност за одузимање искључена нарочитим договором^q у том погледу^r.

Садржина учинбе, која се због претрпљеног одузимања,^s већ по самој природи уговора, може тражити са actio emti, одређује се према претрпљеном мањку (Interesse) купца^t, с обзиром, с једне стране, на смањену вредност^u, с друге стране, на прираштаје^v, и увећану вредност ствари, али са ограничењем, да ова последња, по одбитку трошкова око ње учињених, не може износити више од двоструке куповне цене^w. Но може бити и тако уговорено, да ће се у случају одузимања платити извесна сума.^x У том случају купац може, на основу обећања, ако му је цела ствар одузета, тражити, да му се та сума исплати, а ако је само један део ствари одузет, онда само одговарајући део суме^y, који ће се код одузимања реалног дела ствари одредити према сразмери у којој стоји вредност тог дела према вредности целог у добу куповине.^z

g L. 51. pr. D. h. t. в. сад царев. грађ. пост. §. 65. h L. 56. §. 1. eod. L. 17. Cod. h. i. cf. L. 18. (19.) §. 3. D. de neg. gest. 3. 5. i L. 21. pr. §. 1. D. h. t. k L. 55. pr. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. cf. L. 29. §. 1. eod. L. 56. §. 3. eod. L. 8. Cod. h. t. l L. 53. §. 1. L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 62. §. 1. D. eod. L. 8. 9. 23. Cod. eod. cf. L. 63. pr. D. eod. m L. 2. §. 1. D. quar. rer. aciio. 44. 5. n L. 27. Cod. h. t. o L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 68. pr. D. h. t. p L. 8. 60. 67. eod. L. 6. 17. 23. Cod. h. t. q L. 70. D. eod. r L. 8. 16. pr. eod. s L. 43.. 45. §. 1. D. de act. emt. 19. 1. L. 9. Cod. h. t. t L. 64. D. h. t. cf. L. 1. 13. 14. 53. pr. 56. §. 2. L. 72. eod.

Прим. 1. Обвеза на накнаду евикције, може постојати и у другим случајима, где постоји обвеза на давање каквог имовног предмета, н.пр. код промене (§. 308.), код поравнања (§. 269.), у погледу ствари која је дата као намирење (*Absfindung*), L. 33. (34.) Cod. de transact. (2. 4.) Спорно је да ли је и обдарилац обвезан на накнаду евикције? в. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 2. Cod. h. t. 8. 44. (45.) cf. Pauli sentt. V. 11. §. 5. L. 45. §. 1. 2. L. 46. D. de legat. I. L. 29. §. 3. D. de legat. III. уз то Mommsen *Erörtr.* II. стр. 72. — О евикцији код продаје залоге в. §. 375. прим. 1.; код Dos-a §. 403. — у опште в. Glück Bd. 20. §. 1115.. 1127. Liebe у Rtslex. чланак „*Gewährleistung*“. IV. стр. S11.. 828.

K. O. Müller d. L. d. R. R. von der Eviction, Thl. I. Halle 1851. Bekker z. L. v. d. Evictionsleistung у Jahrb. VI. 8. Sintenis §. 116. 3. изд. II. стр. 631.. 644. Keller §. 331. „Nachwährschaft für Eviction“. Vangerow III. §. 610. Windscheid §. 391. и д. са написом „Haftung .. wegen Entwährung“. Тако пише писац с обзиром на Grimm's-ов речник в. „*Entwährung* и *Entwehrung*“. Bechmann Kauf I. стр. 141. прим. 1. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 148 и д. Brinz 2. изд. §. 280. 328. Kohler Ges. Abhand. стр. 238 и д. — Историски податци код Bechmann-a I. стр. 109 и д. 243 и д. evict. 21. 2. в. Huschke zur Pandektenkritik стр. 57.. 75.

2 Као случај делимичног одузимања рачуна се и случај, кад се према купцу спором задобије право уживања. L. 66. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 15. §. 1. L. 39. §. 5. L. 49. D. h. t. cf. L. 38. §. 3. D. de V. O. 45. 1. Но спорно је, да ли и у колико има места тражењу евикције у случају, кад се спором задобије баптишка службеност према купљеној ствари? или бар потраживање на смањење куповне цене због недостатка ствари (§. 304.)? Против тога је мњење које данас влада, изузимајући случај преваре или изричног јамчења, да је дотична ствар слободна од службености: Müller стр. 185 и д. Vangerow §. 610. прим. 3. Windscheid §. 391. прим. 28. B. a) L. 90. 126. 169. D. de V. S. L. 48. D. h. t. b) L. 1. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 69. §. 5. D. h. t. c) L. 59. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 75. D. h. t. Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Qu. Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, nisi, ut optimus maximusque esset, traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emtor petat viam vel actum; venditorem teneri non posse, nisi nominatum dixerit, accessurum iter vel actum, tunc

enim teneri eum, qui ita dixerit. d) L. 15. §. 1. D. h. t. Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. (Cuiac. obs. lib. II. cap. 20. ed. Neap. tom. III. col. 39. поправ.: Sed et si servitus ev. etc. cf. Mommsen ad h. l. Dig. I. p. 621). L. 61. D. de aed. ed. 21. 1. Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam. — Seuffert's Arch. III. 314. VII. 163. XI. 28. 222. XII. 258. XIV. 127. 217. XVII. 230. — У осталом накнаду евикције може засновати и одузимање плодова или других акција. L. 8. D. h. t. L. 42. 43. eod., који првидно противрече томе, могу се објаснити строгомју duplae stipulati-је (прим. 8.)

3 Право на накнаду евикције може постати за купца, како онда, кад у спору подлегне као тужилац, тако и онда, кад подлегне као тужени, али се у првом случају претпоставља, да је без његове кривице дошао у положај, да мора тужити. То право постаје и онда, кад је купац у место давања ствари, коју је у спору изгубио, платио њену вредност (*litis aestimationem*), али не и онда, када пресуда, којом му је ствар оспорена, није извршена. L. 16. §. 1. D. h. t. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, quum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. Cf. L. 21. §. 2. L. 29. §. 1. D. h. t. L. 57. pr. §. 1. eod. — У осталом, одузимање ствари може се удејствовати не само са стварним тужбама (на и са заложном тужбом, L. 35. D. h. t., или са *in int. restitutio*, L. 39. pr. D. L. 66. §. 1. eod.), већ и са личним тужбама, н.пр. са тужбом којом се тражи деоба, L. 34. §. 1. eod., саnoxalном тужбом, L. 11. §. 12. D. de act. emti. 19. 1. Да ли и са тужбом за државину? L. 35. D. de act. emt. cf. L. 11. §. 13. eod. B. Müller н. н. м. §. 17.. 22. Bekker стр. 266 и д.

4 Тако по општем мњењу, arg. L. 53. §. 1. D. h. t. Si, quum possit emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque (id eoque?) vitcus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Bekker стр. 292 и д. Windscheid, на против, §. 391. прим. 12. ставља у дужност продавцу да докаже, да би био у стању, да спору даде други правац, да купац није био небрежљив и пропустио да га на време извести о поведеном спору. Изгледа ми, да се то мњење са практичких разлога мора одбацити, а није ни коректура мњења које влада. — Још даље иде призрење према купцу у случају L. 11. §. 12. D. 19. 1. (Ulp. lib. 32. ad ed.):... sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit, noxiū sdrvum fuisse, nihilominus vel ex emto agere posse. На том се mestу

оснива мњење, да купац у опште и онда има право на евикцију, кад на позив, без вођења спора, преда ствар, у колико би исто било, ван сваке сумње, без успеха. Sintenis стр. 641. прим. 187. в. Bekker стр. 288. и д. Windscheid §. 391. прим. 10., који још један разлог за то налазе у L. 29. pr. D. h. t. L. 13. §. 15. D. de act. emti. 19. 1. В. прим. 7. У осталом опрезан купац, који неће у залуд да се упуши у парчицу која нема изгледа на успех, известиће прво купца о потраживању трећег, пре но што изда ствар без парнице. В. Keller §. 331. стр. 623.

5 То је случај, кад би купац знао да је ствар туђа, па би изрично уговорио накнаду за евикцију; not. n. cf. L. 7. Cod. commun utr. iud. 3. 38. Vangerow §. 610. прим. 5. — Особене одредбе у погледу накнаде куповне цене налазе се у L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43. и Nov. 7. cap. 5.

6 Такав pactum de non praestanda evictione, разуме се, не искључује одговорност за долус. По мњењу које је раније владало, такав уговор не ослобађа ни поштеног продавца од враћања куповне цене (против тога Böhmer vindicae iuridicae pacti de non praest. evict. contracommunes errores, Hal. 1735 (1744); в. његове Exercitat. ad pand. IV. exerec. 61. и praeft.), али је то мњење сада од већине писаца напуштено. Glück XX. стр. 300 и д. Vangerow н. и м. прим. 4. Kricheldorf d. sog. pact. de n. pr. ev. generale in Rücksicht auf den Kaufpreis. Leipz. 1877. Brinz II. стр. 338. Но још и данас су за то мњење Mühlenbruch II. §. 367. прим. 15. Puchta Vorles. II. §. 362. 4. изд. стр. 224 и д., а у новије доба опширно га понова брани Tiktin de nat. bilat. obl. cap. V. pag. 99..115. Срав. и Windscheid §. 391. прим. 38. Ту је главно разумевање овог места: L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. (Ulp. lib. 32. ad ed.: Qui autem habere licere (Hal. h. l. promittens) vendidit, videamus, quid debeat praestare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alias evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro 15. Digest. scribit, etiamsi aperte vendor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri (Flor. teneri), quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, et si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hanc patitur

conventionem (Flor. hac patitur conventione, Mommsen Dig. I. p. 547. not. 5. h. utitur c?), ut emtor rem admirteret et pretium vendor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet (Hal. si quis.. recipere) quemadmodum recipitur, ut vendor nummos accipiat, quamvis merx futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagi positis a venatore vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit. У последњем ставу Huschke у Linde's Ztschr. н. р. IV. стр. 285 поправља si forte место nisi forte; против тога Vangerow стр. 324. Tiktin pag. 111. not. 23. Kricheldorf str. 31 и д.

7 Слично право на мањак (интересе) може према приликама постати и без фактичног одузимања: L. 9. 41. §. 1. D. h. t. Item si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit. B. L. 13. §. 15. D. de act. emti. 19. 1. L. 24. D. h. t. L. 29. pr. eod. — Право на мањак (интересе) због свесне продаје туђе ствари: L. 30. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.; на ослобођење од заложног права? L. 5. 24. §. 1. (L. 24. i. f.) Cod. h. t. За државање (ретенција) куповне цене због опасности евикције: L. 19. (18.) §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 24. pr. Cod. h. t. (§. 302. прим. 1. д.); в. Seuffert's Arch. I. 49. 200. II. 27. VII. 164. XI. 34. XIII. 15. 88. 137. XIV. 128.

8 Код Римљана је био обичај, да се за тај случај, у виду stipulatio duplae, уговори двогуба куповна цена, а код ствари од веће вредности могла се таква цена тражити и по самом закону. L. 2. 37. D. h. t. Отуда је постала actio ex stipulatu, која се посебице звала actio de evictione, која је била stricti iuris actio, у њеним претпоставкама и дејствима строжије ограничена, но што је код actio ex emto. Но наређења римског права, која потичу само из те строжије природе тужбе, као и она која се оснивају на обичају duplae stipulatio, немају вишег практичног значаја. В. Müller н. и м. §. 8..13. Bechmann Kauf I. стр. 374 и д., 674 и д. Lenel ed. perp. стр. 441 и д., 445 и д. Brinz II. стр. 763 и д. и Voigt die XII Tafeln II. стр. 126. У осталом, у колико и код оваког обећања има места тужби због мањка (интересе), цене се по правилу у §. 211.

9 L. 64. D. h. t. (Papinian. lib. VII. quaest.) Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur; nam, quod periiit, damnum emtori, non venditori, attulit. Si totus fundus, quem flumen diminuerat, evictus sit, iure non diminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non auegetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. §. 1. Quodsi modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta prestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. §. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decresserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. §. 3. Ceterum quum pro diviso pars aliqua evincitur, tametsi certus numerus iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiā iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset. Налоандер чита овде: qui unum jugerum commune pro ind.; Mommsen Dig. I. pag. 629. ставља: qui unum jugerum pro indiviso ex fundo, cuius commune cum altero pro indiviso solum etc. Cf. L. 1. D. eod. Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis; quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. Против тога L. 53. pr. eod. Si fundo tradito pars evincatur, si singula iuegra venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quasi singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerint evicta sint. B. Neustetel y civ. Arch. VII. стр. 214 и д. Vangerow H. н. м. прим. 1. Први ставља, стр. 217, у L. 64. §. 4. cit.: sec. omn. sententias, si non t. d. t. sed p. d. iugeri, est, quemadmodum etc. Против тога Vangerow прим. 1. на кр. в. Bekker стр. 273 и д. Huschke H. н. м. прим. 1. стр. 70 и д. Brinz II. стр. 738 прим. 27.

§. 304.

cc). Одговорност за недостатке ствари.

Из природе уговора куповине потиче по себи, да продавац одговара како због недостатка изрично или прећутно обећаних својстава^a, тако због постојања намерно прећутаних недостатака ствари^b. А на основу Едилског едикта^c, постало је правно начело,^d да је продавац у опште дужан, да купцу саопшти недостатке ствари, ако и без тога нису очевидне^e. У случају доцнијег проналаска таквих недостатака, који нису доцније постали^f, а нису незнатни^g, па било да су продавцу били познати^h или не,ⁱ купац има, по избору^j, право или да тражи сразмерно смањивање куповне цене или да тражи да продавац прими ствар натраг и врати већ плаћену цену са интересом и мањком (интересе)^k и то прво са тзв. умањавном тужбом (Minderungsklage, actio quanti minoris, iudicium aestimatorium), а друго са тзв. опозивном тужбом (Wandelklage, actio redhibitoria, iudicium redhibitorium), подижући прву intra annum utilem, а последњу само intra sex menses utiles^l. Смер ове последње тужбе за обе је стране тај, да се власници ставије пре продаје^m, али не са дејством раскидног условияⁿ. Но и она права тужба може имати то дејство^o, кад су недостаци врло знатни, а према томе и смањење цене.^p Због разних недостатака може се више пута тужити, докле год није наступила редхибиција (опо-

^a L. 6. §. 4. L. 13. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 17. §. 20.. L. 19. §. 4. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 43. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. ^b L. 11. §. 3. 5. L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti. cf. L. 43. §. 2. D. de contrah. emt. L. 39. D. de act. emti. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. ^c Dig. de aedilitio edicto. 21. 1. Cod. de aedilitis actionibus. 4. 58. ^d L. 14. §. 10. D. h. t. cf. L. 51. eod. e L. 54. eod. cf. L. 16. eod. ^e f L. 1. §. 8. eod. ^g L. 33. eod. ^h L. 1. §. 2. eod. ⁱ L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. h. t. cf. L. 23. §. 7. et sq. L. 27. 29. ²¹. pr. L. 57. 59. pr. eod. ^k L. 19. §. 6. L. 55. eod. cf. L. 48. §. 2. eod. l L. 23. §. 1. 7. L. 60. eod. ^m L. 43. §. 8. eod. L. 4. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. ⁿ L. 43. §. 6. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2.

зивање) куповине^o. Губитком ствари не пропадају потраживања, која су већ постала.^s

Прим. 1. Едилски едикт односио се непосредно само на продају робова и животиња и наређивао је: а) по L. 1. §. 1. D. h. t. Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbivitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque (eaque?) omnia, cum ea mancipia venibunt, palam ac recte pronuncianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, (fuisset), quod eius (nomine) praestare oportere dicitur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit mortis conscientiae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus; б) по L. 38. pr. eod. Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi, causa fuerint, ita emtoribus tradentur (Hal. traduntor.) Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornaamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quo (quanto) minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur; уз то L. 38. §. 5. eod. Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto. О односу тог Едикта према цивилном праву в. Neustein.

^o L. 31. §. 16. L. 48. §. 7. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. cit. p. L. 44. §. 2.
L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. h. t.

tel's (и Zimmern's) Abh. № 9., и против тога Unterholzner у civ. Arch. VI. 3. стр. 60 и д. Herm. Keller у Sell's Jahrb. III. стр. 86 и д. и сад Bechmann Kauf. I. стр. 391 и д. Но главна одредба његова применеана је и на продају покретних и непокретних L. 1. pr. L. 63. eod. cf. L. 33. pr. L. 49. eod. L. 4. Cod. h. t.; и на промену, L. 19. §. 5. D. eod. L. 2. D. de rer. permutat. 19. 4.; али не на поклон и друге правне послове, L. 62. 63. D. h. t. Dernburg Preuss. Pr. R. II. стр. 407. Mommsen Erört. II. стр. 71 и д. Изузете су од тог правила фискалне продаје L. 1. §. 3. eod. В. у опште Vangerow III. §. 609. Sintenis II. §. 116. 3. изд. стр. 614..631. Keller §. 332. „Nachwährschaft für Fehler und Mängel“. Windscheid §. 393..395., Brinz §. 327..327b. Bechmann I. стр. 251 и д. 391 и д. 661 и д. Wendt у dogm. Jahrb. XXII. стр. 328 и д. и Thöhl Handelsrecht I. §. 82..85b. 5. изд. §. 273. и д. Hanausek d. Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare. I. 1883. (о томе Regelsberger у Wiener Ztschr. XI. стр. 429 и д. II. 1. 1884. Dernburg н. н. м. II. §. 143 и д. — Уз Dig. de aed. ed. 21. 1. в. Huschke н. н. м. стр. 36..57.

2 То спори у погледу продаје безживотних ствари Busch у civ. Arch. XXVI. 9. Против тога Н. Keller у Sell's Jahrb. III. 10. стр. 345 и д. Vangerow н. н. м. прим. 2. V.

3 Мњење које је некад владало разликовало је главне и споредне мане, па је у овом последњем случају давало само тужбу за смањење куповне цене (Minderungsklage), а само кад би се десиле мане прве врсте давало је право на опозивну тужбу (Wandelklage). Против тога Feuerbach у civ. Vers. № 2. стр. 51..80. — Има ли му места и онда, кад се нађу стенице? Seuffert's Arch. XV. 115. Продавцу се не дозвољава понуда, да отклони мане које су се појавиле: тамо 116. За редхибицију постоји једно ограничење: L. 48. §. 8. D. h. t. Simpliarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. В. Syr-röm. Rechtsbuch; превод сиријског текста §. 39. 113. — О утицају мане једне ствари на остале ствари, кад је више њих уједно купљено „мане, које има које има једна ствар, могу према приликама утицати на смањење вредности и друге“. Brinz II. стр. 728. прим. 62.) и делимично редхибицији: Gesterding у Linde's Ztschr. VI. стр. 42 и д. Seuffert's Arch. IV. 24. XII. 234. Има ли му места код куповине по роду, врсти (Genuskauf)? Bekker у Jahrb. V. стр. 401 и д. Windscheid §. 394. прим. 18..31. Vangerow §. 609. прим. 1. Goldschmidt у d. Ztschr. für Handelsrt. XIX. стр. 98 и д. Serafini archiv. giurid. XIV. pag. 261 seq. — О срачуњавању сма-

њене вредности код *actio quanti minoris*: Hellweg у civ. Arch. LIX. 2. Windscheid §. 394. № 1. Brinz II. стр. 728 и прим. 62. 4 L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, *quanti minoris homo*, quum veniret, fuerit; nam posterior *actio etiam redhibitionem continet*, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fnerit. Редхибиције може бити и код *actio emti* којом се тражи интересе н.пр. због долуса. L. 11. §. 3. D. de act. emti. Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Vangerow н. н. м. прим. 2. III. — О застарелости едилнички тужаба: E. Hoffmann у Arch. für pract. Rtsw. IV. 8. стр. 177 и д. Schäffer у Linde's Ztschr. н. р. VIII. стр. 269 и д.

5 B. Gesterding н. н. м. стр. 34 и д. О утицају наредаба купчевих у погледу ствари: Seuffert's Arch. II. 24. 170. III. 27. 28. V. 269. X. 149. 255. XVI. 106. XIX. 131. и Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rt. XXVI. стр. 410 и д.

6 Без практичне је вредности по нас: а) наређење еликта у погледу *ornamenta* (прим. 1b.), које се односи на римске обичаје у том погледу и које је и иначе спорно у погледу његовог значења; в. Vangerow н. н. м. прим. 2. VI. Sintenis §. 116. прим. 90.; б) наређење у погледу *duplae stipulatio* као средства за осигурање одговорности у погледу мана: L. 28. 31. §. 20. D. h. t. L. 11. §. 4. D. de act. emti. 19. 1. L. 14. Cod. eod. 4. 49. в. §. 303. прим. 8. Vangerow стр. 309; но другог је мињена Windscheid §. 394. прим. 17. Lenel das ed. perp. стр. 411 и д. 445 и д.; с) могућност да наступи *condemnatio in duplum* услед *redhibitoria-e actio*, L. 45. D. h. t., в. §. 252.; д) солидарна одговорност трговаца са робљем, L. 44. §. 1. D. h. t.

7 Примењује ли се чл. 347. трг. зак. и на куповину стоке? Stegemann у Bödiker's Mag. стр. 161 и д.

§. 305.

β). Код других предмета куповине.

Кад је предмет куповине нешто друго а не каква телесна ствар, онда се обвеле купца и продавца одређују по аналогији правила у §§. 302..304., у колико би се она према особитој природи предмета куповине могла овде применити. Тако је н.пр. продавац каквог стварног права дужан да купцу осигура мирно вршење тог

права, а у случају губитка његовог у путу спора, да му по §. 303. да накнаду за то^a, а може наступити и примена §. 304. због мана ствари, н.пр. код продаје уживања или емфитезе. Продавац какве тражбине одговара, по правилу, за важећи пренос исте, за њено постојање и туживост, али не и за способност плаћања дужника^b. Продавац какве имовне целине н.пр. наслеђа (в. §. 540) дужан је да купцу уступи сву корист од имања, дакле да пренесе све ствари и права, која у исто спадају, уз примање (од стране купца) свију оних обвеза које су на истом имању^c. У том случају продавац одговара и по §. 303. ако би купац правним путем изгубио имање у целини или један део његов^d. Но не одговара због губитка поједињих ствари, за које се мисли, да спадају у имање, а још мање због мана ствари, које доиста улазе, осим ако нема долуса или ако не постоји нарочити пристанак у том погледу^e. Код куповања наде продавац је обвезан само, да чини оно, што се мора очекивати, да би се нада остварила и да не чини ништа, што би томе моглостати на пут. Ако је то испунио, онда може тражити цену, макар се нада и не испунила^f.

Прим. О предаји каквог имања у целини: Birkmeier Vermögen стр. 62 и д.; о продаји тражбине, која још не постоји: Schliemann Haftung des des Cedenten стр. 63 и д. Bechmann II. стр. 438 и д.; в. Lenel у dogm. Jahrb. XIX. стр. 234 и д.

§. 306.

с). Споредни уговори при куповини.

Редовна дејства уговора куповине, могу се, као и код других уговора, по договору (*pacta adiecta*), по вољи

^a L. 10. 46. §. 1. D. de evict. 21. 2. cf. L. 8. §. 2. D. de periculo. 18. 6.
^b L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. L. 4. 5. D. de hereditate vel actione vendita. 18. 4.
^c L. 2. §. 1. sq. D. eod. ^d L. 13. 16. D. eod. ^e L. 2. pr. L. 14. §. 1.
^f L. 15. D. eod. L. 1. Cod. de evict. §. 44. (45.) L. 33. D. de aed. ed. 21. 1.
^g L. 7..12. D. de her. v. act. vend. 18. 4. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 4.

мењати^a, н.пр. у погледу предаје ствари, у погледу пла-
ћања цене и интереса на исту, у погледу сношења опас-
ности на случај пропадања ствари ит.д., али увек под
претпоставком, да се тиме у напред не одобрава какво
непоштење једног од уговорника^b. У нарочите споредне
уговоре, који се баш код куповине највише дешавају,
долазе: 1) *addictio in diem* и *lex commissoria*
§. 249.; 2) тзв. *pactum reservati dominii*, по коме
продавац задржава за се сопственост, док се не плати
куповна цена (§. 145. прим. 6.) и *pactum hypothecae*,
по коме условљава заложно право на истој; 3) тзв. *рас-
тум de retrovendendo* или *de rétroemendo* и *рас-
тум protimiseos* (§. 301.).

Прим. B. Bechmann II. стр. 480., 555.

§. 307.

д). Престанак уговора куповине^c.

Закључена куповина престаје, може се опозвати,
не само по обостраном пристанку (§. 267.), већ и против
волje једног или другог уговорника, са разних основа
(§. 304. 306.). Нарочито то може бити, и то баш са *actio
emti* или *venditi*, кад су купац или продавац непоште-
њем или принудом противне стране наведени на за-
кључак куповине^b.^{1a} А продавцу је, и без претпоставке
неког непоштења са стране купца, дато право^c, да већ
с тога, што куповна цена не достиже ни половину праве
вредности ствари т.ј. због тзв. *laesio enormis* или
ultra dimidium, тражи раскидање уговора, ако ку-
пац не пристане (*facultas alternativa*), да куповну цену
повиси до праве вредности.²

a L. 11. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compositis. 4. 54. b L. 23. D. de R. J. (§. 250. прим. 2.) cf. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. L. 11. §. 18. L. 39. D. de act. emti. 19. 1.

Dig. de rescindenda venditione et quando licet ab emtione recedere. 18. 5. Cod. de rescindenda venditione. 4. 44. quando licet ab emtione discedere. 4. 45. b L. 1. 5. 10. Cod. 4. 44. (§. 61. 62.) cf. L. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. c L. 2. Cod. h. t. 4. 44. cf. L. 4. 8. eod. L. 4. 4. 7. Theod. Cod. de contrah. emt. 3. 1.

Прим. 1. О одустанку од куповине због доцње в. Regelsberger u civ. Arch. L. 2.

1^a B. Bechmann II. стр. 296 и д.

2 L. 2. Cod. h. t. 4. 44. (Impp. Diocletianus et. Maximianus AA. Lupo.) Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distrax(er)it, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, uuod deest iusto pretio recipias (Krüger: recipies). Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. (a. p. Chr. 285.) B. L. 22. §. 3. D. locati. 19. 2. Quem admodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. L. 6. Cod. 4. 44. (Diocl. et Max.) Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. L. 8. Cod. ibid. (Diocl. et Max.) Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdebit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminentis detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum (Krüger: venum-
datum) significas, ad rescindendam venditionem (Krüger: emptio-
nem) invalidum est... nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emtori praestita ser-
vanda. — То је наређење L. 2. Cod. cit. по сталној пракси, по аналогији, применено не само на купца већ и на друге двостране правне послове. В. о томе и у погледу ближих одредаба Glück XVII. стр. 19 и д. Vangerow §. 611. Seuffert §. 272. Wächter II. §. 207. Seuffert's Arch. I. 45.. 47. 201. II. 275. 292. 356. III. 160. 161. 315.. 317. IV. 28. 213. VI. 322. VII. 296. XI. 30. 132. XII. 151. XVI. 167., нарочито код куповине слика? X. 245. XII. 138., код куповине јавним надметањем? IV. 213. № 4. VI. 323. IX. 17. XIII. 244. XX. 120. Но у новије време има много писаца, који су против тако проширене примене тог наређења и то или у оште н.пр. Puchta §. 364. Sintenis §. 116. прим. 218. Keller §. 333., или који бар за римско право мисле да није основано н.пр. Vangerow н. и. м. Windscheid §. 396. прим. 2., и у најновије доба нарочито Zachariä v. Lingenthal u d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. № 3. стр. 49 и д. в. и Stobbe Handb. III. стр. 255, ма да је још Chambon Beitr. z. Obligationenrecht стр. 113.. 174 покушао, да такву примену тог наређења оправда. Средину између та два мњења заступа Brinz II. стр. 750 и д. У том проширеном

обиму примењено је то наређење и у аустр. грађ. зак. §. 934. 935. Међу тим Code Nap. art. 1674..85. даје то право само продавцу какве непокретности за две године, тако исто Хес. прој. IV. 2. чл. 28..34. в. Мот. стр. 12 и д. Пруско земаљско право на против (I. 11. §. 58..69.) не даје то право продавцу већ поставља само у корист купца, у случају повреде преко половине услед и сувише мале куповне цене, да постоји правна претпоставка заблуде, услед које уговор не важи. В. Dernburg II. стр. 310 и д. Све те разлике у схватању показују најбоље, да је цело наређење у опште од врло сумњиве вредности. С тога су га сакс. грађ. зак. §. 864. и бавар. прој. (мот. уз главу о правним пословима, стр. 128 и д.) сасвим напустили. За трговачке послове укинуо га је немач. трг. зак. чл. 286.; в. Thöl и. н. м. §. 64. прим. 19. и д. 5. изд. §. 252. прим. 24. и д.

§. 308.

2). Уговор промене.

Уговорима промене у ширем смислу могу се назвати сви они уговори, код којих се једна страна обвезује, да другој страни да какав предмет, као накнаду за предмет, који јој је та противна страна дала. У том је смислу и уговор куповине један од уговора промене, и то најчешћи и најважнији. У ужем смислу уговор је промене онај уговор, код кога је учинба, с обе стране у неком предмету (ствар за ствар), који не носи на себи искључни карактер цене или робе^a. По данашњем праву и овде постаје потпуно важећа двострана облигација већ простом сагласношћу уговорника, док су по рим. праву у том погледу важила особита наређења за безимене уговоре^b. Правила о губитку ствари (§. 303.), као и одговорности за мане (§. 304.) примењују се и овде, по аналогији^c.

Прим. Најновије је дело о овим уговорима: Damm de Seudewietz diss. inaug. de permutatione. Hal. 1868. Изгледа, да се

^a Dig. de rerum permutatione. 19. 4. Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione. 4. 64. X. 3. 19. in 6to. 3. 10. Clem. 3. 5. ^b L. 1. §. 2..4. D. h. t. L. 1. 3. 5. Cod. h. t. L. ult. D. de cond. causa daia. 13. 4. §. 232. 235. ^c L. 1. §. 4. L. 2. D. h. t. L. 19. §. 5. D. de aed. ed. 21. 1.

израз *permutare* употребљавао и у смислу „новац за неког одредити“. В. Bekker у d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. стр. 12 и д. О препирци Сабинијанаца и Прокулејанаца у погледу односа између куповине и продаје в. Brinz II. стр. 700. Bechmann Kauf. I. стр. 4 и д.

§. 309.

3). Уговори најма.

Уговор најма, *locatio conductio*^a, такав је уговор, по коме се неко некоме, за извесну у новцу одређену цену, обвезује, да му дозволи користовање са неким предметом или да га у нечemu услужи. Ово последње може бити или тако да је сама услуга, непосредно, предмет уговора или да је предмет уговора дејство, које је створено радом обvezanog. У првом случају зове се посао *locatio conductio operarum*, уговор послуге, службе у ужем смислу, а у другом *locatio conductio operis*, уговор израде (*Verdingungsvertrag*). А кад је уговор управљен на користовање са неким предметом, то се онда такав уговор назива *locatio conductio rerum*, закуп, (Pacht) аренда, кад се при томе ишло на уживање плодова или сличних прихода, а иначе најам, уговор кирије (Miethe). Учинба једног од уговорника је увек у плаћању извесне цене, о којој важи оно исто што и о куповној цени^b, само се код закупа може цена одредити и у плодовима^c. У опште је у свима тим случајевима правило, да оба уговорника одговарају за кулпу и долус^d. Иначе су ближе одредбе разне за разне случајеве. У осталом, уговор је закључен, чим се обе стране сложе о предмету и цени; *locatio conductio* долази, већ по рим. праву, у тзв. саизвољне (консенсуалне) уговоре^e.

^a Inst. de locatione et conductione. 3. 24. Dig. locati conducti 19. 2. Cod. de locato et conducto. 4. 65. cf. X. 3. 18. ^b §. 1. 2. J. h. t. L. 2. 25. pr. L. 46. D. h. t. §. 300. ^c L. 8. 21. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 6. D. h. t. ^d L. 23. D. de R. J. §. 250. ^e L. 1. 2. D. h. t.

Прим. Римско право нема згодне изразе, којима би се изразила разлика између закупа и најма. Само се онај, који седи под кирију зове *inquilinus*, а закупац добара *colonus*. Оно што ће се казати у следећим §§. о најму, вреди у осталом, по правилу, и за закуп. В. у осталом о „уговору закупа и најма, кирије“ Weiske's Rtslex. VII. стр. 735.. 837.

a). Locatio conductio rerum.

§. 310.

α). Претпоставке.

Предмет овог уговора може бити свака ствар, код које могуће уступање употребе^a. И овде, као и код уговора куповине, важност облигаторног уговора не зависи од тога, да ли је изнајмилац (*locator*) сопственик или не или да ли је иначе био у праву да уступи употребу^b. Сопственик може своју ствар дати под најам, само у колико при томе води рачуна о другом, који има какво стварно право, плодоуживање, емфитезу или суперфикацију^c, па и ономе, који има просто право државине (*ius possessionis*)^d. Кад најмилац (*Miether*) или закупац (*Pachter, conductor*) са своје стране, да неком трећем ствар под најам или закуп, то се тај однос зове панајам (*Aftermiethen*) или пазакуп (*Afterpacht*), *sublocatio*, и ствара облигацију само између панајмиоца (*sublocator - a*) и пазакупца или панајмиоца (*subconductor - a*), не мењајући правни однос између првог и оног од кога је он узео ствар под најам или закуп^e.

Прим. 1. Locatio од стране ужилаца означавају извори час са изразом *locare tem* или *tem utendam*, а час са изразом *locare usum fructum*. Последњи израз изражава непосредно мисао, да се употреба ствари даје само у колико се простире право

a cf. L. 3. §. 6. D. commod. 13. 6. b L. 7. 9. pr. §. 6. D. h. t. v. §. 300.
not. o...r. c L. 12. §. 2. L. 38. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. d L. 28.
D. de poss. 41. 2. cf. L. 45. pr. D. de R. J. L. 15. D. depos. 16. 3. e L. 30.
58. pr. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.

ужилаца, али то се мора претпоставити и код оног првог израза, у колико ту неко даје под закуп или најам неку ствар као ужилац (*quasi fructarius, non quasi dominus*). L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. 19. 2. В. о томе Arndts y österr. Gerichtszeitg. Jahrg. 1861. № 76. 77. (civ. Schr. I. 17.). Seuffert's Arch. XIV. 115. в. XII. 300. Појам давања под закуп има примене и код других користљивих (*nutzbaren*) права, где не може бити ни говора о уступању употребе какве ствари н.пр. код давања под закуп јавних прихода, десетка ит.д.; закуп економских привилегија (*Wirtschaftsgerechtsamen*): Seuffert's Arch. III. 370.; закуп прихода од добара под наследном киријом (*Erbzinsgesfällen*), тамо V. 216.

2 У римском праву постоје забране извесних закупа за извесна лица, нарочито војнике, L. 31. 35. Cod. h. t., декурионе (општ. часнике) L. 30. Cod. h. t., царску дворску послугу, L. un. Cod. ne tutor vel curator vectigal conducat. 5. 41. L. 49. D. h. t. То су све забране јавног права.

3 Сродан је са уговором закупа уговор емфитезе, али има за себена и особена дејства, в. Cretschmar d. L. v. d. Untermiethe nach gemeinem Recht. 1879.

β). Д е ј с т в а .

§. 311.

aa). Обвезе изнајмиоца.

Изнајмиоц је обвезан, да најмиоцу најмљену ствар на време преда^a, са целим пратежом који је уговором најма изрично или прећутно обухваћен и да му за утврђено време осигура слободну и неспречену њену употребу^b. Према томе он је дужан да одржава ствар у потребном стању, да сноси потребне поправке^c, да најмиоцу накнади нужне трошкове безусловно, а корисне у колико у колико би се тим ствар трајно побољшала^d, да сноси терете^e који би постојали на ствари^f. Он одговара најмиоцу за накнаду мањка (интересе), ако би његовом (изнајмиочевом) крвицом^f, или због његовог

a L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. h. t. b L. 9. pr. L. 19. §. 5. L. 30. pr.
cod. L. 24. §. 4. eod. c L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. eod. d L. 55. §. 1. L. 61.
pr. cf. L. 19. §. 4. eod. e L. un. §. 3. D. de via publ. 43. 10. f L. 9.
§. 3. L. 35. pr. D. h. t.

недовољног права на располагање са ствари^g, изгубио употребу ствари пре рока или би у истој био ограничен. Он одговара у опште за сваку кривицу² у погледу овог посла^h, и с тога, посебице је дужан, да накнади штету најмиоцу, коју би овај при употреби ствари, услед њеног рђавог стања, претрипио, у колико би му у том погледу пало на терет какво непоштење или непажњаⁱ. Тужба против изнајмиоца је *actio conducti* или *ex conducto*^k.

Прим. 1 Спорно је питање, ко је дужан да сноси терет примања на стан (*Einquartirungslasten*)? B. Glück XVII. стр. 395 и д. Vangerow III. §. 641. прим. 2. То се питање „решава према претходном питању, да ли је то реални или персонални терет, а то питање не спада у приватно право“. Puchta §. 366. not. c. в. Rtslex. VII. стр. 761. прим. 138. Seuffert's Arch. I. 208.

2 Pernice Labeo II. стр. 326 и д. вели, да самосталне одговорност за кулпу не може изкад бити са стране изнајмиоца.

§. 312.

бб). Обvezе најмиоца.

Најмиоц је 1) обвезан, да кирију по истеку времена употребе или за то одређених рокова плати, па и онда, када се у ствари није користио са ствари, изузимајући случај, ако би у томе био спречен или ограничен кривицом изнајмиоца или каквим случајем, који је задесио ствар^a. Закупник може због каквог случаја, који није обичан у опште или посебице за ту ствар, који је при ходе једне године знатно смањио, тражити сразмеран попуст кирије, аренде,¹ но ако би закуп био на више година, онда се то изравњава богатим износом прихода особито добрих година^b. За тим је најмиоц 2) дужан, да по престанку најамног односа ствар врати^c, и накнади

g L. 7.. 9. §. 1. eod. h L. 28. eod. cf. L. 55. pr. D. h. t. i L. 19. §. 1. eod. k L. 15. pr. eod.

a L. 19. §. 6. L. 27. pr. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 24. §. 2. eod. L. 19. §. 9. 10. eod. b L. 15. §. 2.. 4. L. 25. §. 6. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. cf. cap. 3. X. h. t. 3. 18. c L. 25. Cod. h. t. cf. L. 33. eod.

сваку ону штету, која би наступила његовом кривицом, нарочито услед немара у чувању ствари или услед претеривања у употреби^d. Ако је ствар дао другом под кирију, то он одговара и за кривицу панајмиоца, у колико би му у погледу давања у пазакуп пала на терет каква кулпа, те по томе одговара, у опште ако му је уговором забрањено давање у пазакуп. За случајну штету, по правилу, не одговара.^e

Прим. 1 О попусту (ремисији) аренде због таквих несрћних догађаја в. Glück XVII. стр. 447 и д. Vangerow §. 641. прим. 1. W. Sell у civ. Arch. XX. 8. Jacobi über Remission des Pachtzinses nach römischem und preussischem Rechte. 1856. Нема места таквом тражењу, кад је учинба закупника у чувању једног дела од годишњег прихода (тзв. *colonia partiaria*, наполичарски однос и т. п.), у коме се случају узима да је нека врста ортачког односа. L. 25. §. 6. in f. D. h. t. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. B. L. 8. Cod. h. t. 4. 65. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe (lue) tempestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent et quae evenierunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabantur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis.

2 По осбитом пристанку најмиоц може примити на се и опасност случаја, L. 9. §. 2. L. 30. §. 4. D. h. t. Но договор код уговора закупа, да закупник сноси све несрћне случајеве, у сумњи значи то, да се закупник одриче права на тражење попуста по прим. 1. Vangerow н. н. м. стр. 150. — Ако су при најму ствари примљене по извесној утврђеној цени, што је нарочито обичај код примања инвентара каквог закупног добра, то опасност за исте сноси онај, који их је примио, као да их је купио. L. 3. 54. §. 2. D. h. t. cf. Gai. III. 146. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 1. D. de aestimat. 19. 3. (тзв. locatio conductio irregularis). B. W. Sell у civ. Arch. XIX. 12. Chambon Beitr. zum Obl.-Recht стр. 12 и д. Особити је случај тзв. уговор кесима (тзв. Eisern-Viehcontract или contractus socidae), код кога се извесан број стоке, као пратеж каквог добра или и као главна ствар, за

d §. 5. J. h. t. L. 14. pr... §. 2. 4. L. 12. 25. §. 3. D. h. t. L. 28. 29. Cod. eod. e L. 14. pr. D. eod.

се и пр. стадо оваца, предаје на тај начин, да се исти број исте доброте или и одређена цена за сваки комад врати: „кесим стока никад не липсава“ („Eisern Vieh stirbt nicht“). Но о изразу *contractus sociæ* в. Glossar. man. ad scriptores med. latinitatis, v. „Socida Italæ societæ, quasi societas accommandita di bessiame, che si dà alla custodia altrui a mezzo pro e danno“. Cf. L. 9. (8.) Cod. de pactis. 2. 3. Stobbe Handb. III. стр. 266 и д. Wächter II. стр. 477 и д. Kohler у dogm. Jahrb. XXIV. стр. 279 и д. — О спошеву опасности код l. c. rei Puntschart §. 37. (у опште §. 34. . 37.)

§. 313.

γ). Престанак најамног односа.

Најамни однос престаје 1) пропадањем ствари дате под најам; 2) истицањем времена најму, а то време може бити одређено тачно или зависити од отказа једне или друге стране; но у овом случају може се најамни однос и даље продужити, обостраним прећутним пристанком, тзв. *relocatio tacita*;¹ 3) истеривањем најмиоца, које је изнајмиоцу са извесних основа² дозвољено, и 4) једностраним одустанком, које се опет најмиоцу, са извесних основа,³ дозвољава. Оне тражбине које су већ дотле из најамног односа постале не престају наступањем једног од поменутих основа престанка најамног односа. Отуђивање ствари од стране изнајмиоца не прекида однос између њега и најмиоца.⁴

Прим. 1 L. 14. D. h. t. (Ulp.) Qui ad certum tempus conductus finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere cooperit vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut locatio redintegratur, et est hoc verum. L. 13. §. 11. eod. (Ulp.) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata.... Quod autem diximus, taciturnitate utrius que partis colonum reconduxisse videbatur, ita accipendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videbatur.

autur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed etsi secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quo (quod) tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observanpum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. — Спорно је, како ваља разумети завршни став овог места и према томе одређивање трајања поновног најма (*relocatio*) код зграда: в. Glück XVII. стр. 278 и д. Röder Abh. № 1. Vangerow §. 644. Behn z. Interpretation der L. 13. §. 11. c. f. Dig. locati u civ. Arch. LXVIII. 4. стр. 52 и д.

2 Ти су основи а) двогодишње неплаћање крије. L. 54. §. 1. L. 56. D. h. t. Nov. 120. cap. 8. cf. cap. 3. X. h. t. 3. 18.; б) злоупотребљавање ствари, I. 3. Cod. h. t. L. 54. §. 1. cit.; с) потреба такве оправке, која смета употреби ствари, L. 3. Cod. cit. cf. L. 30. pr. L. 35. pr. D. h. t.; д) прека и непредвиђена сопствена потреба изнајмиоца за станом, зградом (*Wohngebäude*), L. 3. Cod. cit. cap. 3. X. cit. и по пракси е) отварање стечаја над закупником, но не и над изнајмиоцем: L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. B. Arndts у österr. Gerichtsztg. Jahrg. 1858. № 28. 29. (civ. Schr. I. 28.). Northoff у prakt. Arch. IX. стр. 1 и д. и правни случај, који се налази тамо на стр. 415. Seuffert's Arch. I. 390. 391. VI. 119. 120. в. XIII. 77. XV. 221. В. сад одредбе царев. стец. пост. §. 17. 18. које у том погледу још даље иду и Mandry Reichsges. стр. 328 и д. 2. изд. стр. 448 и д.

3 Ти су основи а) такве мане ствари, са којих је њена употреба потпуно немогуна или знатно смањена или отежана. L. 25. §. 2. L. 27. pr. D. h. t.; б) оклевавање изнајмиоца у уступању употребе, L. 24. §. 4. L. 60. pr. D. eod.; с) основано страховање од какве опасности, с којом је скопчано продужење употребе, L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. D. h. t. L. 28. 33. D. de damno inf. 39. 2.

4 Са изреком: „куповина крши најам“ (*Kauf bricht Miethe*) дат је само незгодан израз природном ставу, да купац не ступа у обвезу продавчеву“. Puchta §. 369. на kraju. B. L. 25. §. 1. L. 32. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 59. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 120. §. 2. D. de iegat. I. L. 12. 18. D. unde vi. 43. 16. L. 20. D. de a. v. a. poss. 41. 2. Sintenis §. 118. прим. 117. (3. изд. III. стр. 674 и д.) J. Dernburg Abh. № 1. Träger über die Rechtspräromie: „Kauf bricht Miethe“, у Linde's Ztschr. n. р. XVIII. 3. Ziebarth die Realerection u. d. Obl., mit besonder Rücksicht auf die

Miethe (1866.) §. 1. и д., (о томе Dernburg у krit. Vjschr. IX. 7. стр. 225 и д.) Windscheid §. 400. прим. 7. Vangerow 7. изд. §. 643. прим. 2. Geller у Wiener Ztschr. V. стр. 313 и д. Brinz 2. изд. II. §. 331. стр. 760. и д. Историски податци код Brünneck-a у Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV. Germ. Abthl стр. 138 и д. — О давању стварно-правног карактера праву најма или закупа: Friedlieb у Linde's Ztschr. н. р. XIX. 16.

§. 314.

b). Locatio conductio operarum. Уговор послуке (службе) у ужем смислу.

Тaj сe уговор састоји у споразуму, по коме сe један уговорник (locator) обвeзујe другом (conductor) на извесне оцењиве услуге или послове (operae illiberales, locari solitae,* или honestae) уз давање извесне новчане награде за то, не циљајући с тиме, на какво дело, као непосредан предмет уговора^a. Ту спада нарочито уговор са слугама и надничарима. И за те уговоре важе она иста начела, која и за најам ствари, у колико сe могу применити према природи предмета. Онај који сe најмио на такву послуку има права на actio locati за исплату заслуге и испуњење споредних учинакa, које иду уз то нпр. као што је то обичај код слугу, на давање ране и стана, па и онда, када је најмиоцу (господару) њихова послука бескорисна или кад је осуђећена каквим случајем, који сe не тиче лично послужника, осим у колико није себи накнадио ступањем у службу другога^b. Онај који је најмио таквог послужника има право на actio conducti за стварно испуњење обећане послуке, на накнаду штете, у колико га послужник није послужио или не онако како ваља или у колико би штету изазвао својим небрежењем или злом вољом^c. Ако сe једно исто лице најмило код више њих, онда је пречи онај код кога сe раније најмио^d.

a L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5. b L. 15. §. 6. L. 19. §. 9. 10.
L. 38. pr. D. h. t. §. 275. not. b. c. c arg. §. 5. J. h. t. d L. 26. D. h. t.
19. 2. §. 226. not. a.

* Brinz 2. изд. II. стр. 762: „Operae су само послови, које сe под власништву и по наређивању оног који дајe посао свршавају, код којих, дакле, онај који их врши стоји према оном који сe нyма користи у односу служења, а не ради по својој вољи и оцени“.

Прим. Dankwardt der Arbeitervertrag, у dogm. Jahrb. XIV. 5. стр. 228 до 283. О занатском уговору рада (послуге) — gewerblichen Arbeitsvertrag — в. тргов. зак. чл. 57. и д. и царев. занат. уредбу од 21. Јуна 1869. §. 105. и д. и зак. од 17. Јула 1878., који је мења; морнарску уредбу од 17. Дец. 1872. Уз то Mandry Reichsges. стр. 334 и д. (2. изд. стр. 458 и д.) Stobbe III. §. 188. Dernburg Preuss. Pr. R. 2. изд. II. §. 192. О најму кућне послуке (Gesindemiethe). Stobbe III. §. 187. Dernburg II. §. 195. и д. — У многим случајима постоји обвeза на извесну накнаду за вршenu службу и без претходнog одређенog пристанка, а то је код оних код којих је обичај платити их и које врше лица, која сe обично за то наплаћују нпр. лекари, бабице, учитељи, адвокати, нарочито посредници (сензали, proxenetae, који имају право на посредничку награду, сензалску награду, proxeneticum). О посредничком уговору в. Dernburg II. §. 190. Rocholl Rechtsfälle II. стр. 71. Рим. право дајe у тим случајима или praescriptis verbis actio или extraordinaria cognitio, L. 22. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 4. D. de (variis et) extraord. cognit. 50. 13. L. 1. 3. D. de proxeneticis. 50. 14. Wächter II. стр. 478 и д. В. Schäffer у Linde's Ztschr. н. р. VII. 1. „да ли сe и под којим сe претпоставкама може тражити накнаду за учињене услуге и давату храну, и без претходнog обећања у том погледу“? Seuffert Pand. §. 334: Windscheid §. 404. прим. 2. и д. Busch стр. 162 и д. Kuhn z. L. v. Mäklergeschäft у prakt. Arch. н. р. VI. 6. Fr. Zimmermann das Rechtsverhältniss zwischen Arzt und Patienten, у civ. Arch. LVI. 6. Heske d. Arzt im röm. u. im heut. R., у prakt. Arch. XIV. 1. стр. 1. 69. Völderndorff über Unterhändlerlohn bei nicht zu Stande gekommenem oder rückgängig gewordenem Hauptgeschäft, у Bödiker's Magazin I. стр. 43 и д. — О утицају отварања стечаја над најмиоцем: §. 19. царев. стеч. пост. — Услуга особите врсте је помагање и препорука какве молбе т.ј. suffragium, за коју сe на основу уговорне одредбе може тражити награда, ако је одобрење молбе наступило услед ње. L. un. Cod. de suffragio. 4. 3. од год. 394. О питанju о сношењу опасности код I. с. operarum: Puntschart §. 38. стр. 406 и д.

c). Locatio conductio operis. Уговор израде, израђевине.
(Verdingungsvertrag).

§. 315.

а). Појам и дејства у опште.

Уговор израде је уговор, који је управљен на стварање извесног дејства радом једног од уговорника, те с тога се онај, који се на то обвеже, уз плаћање, зове израдилац, извршилац conductor или i redemptor оперис, а онај, који даје такав посао у најам, поручилац, locator operis.¹ Први има actio conducti којом може тражити плаћање уговорене цене, по правилу, тек по свршеном делу или по предаји израђене ствари^b. Други има actio locati којом може тражити довршење примљеног посла^c, односно накнаду штете, у колико би било кривице до оног који се примио посла^d. Овај последњи начин одговара за то, да посао одговара поручбини и да је без мана, у колико ове последње нису изазвате упуствима самог поручиоца^e. Кад поручилац одобри једном поруџбину онда израдилац више не одговара, осим ако је случај долуса. Поручилац не може одрећи своје одобрење без довољних разлога, па и онда, кад је то право изрично задржато^f. За штету, која је изазвата чистим случајем израдилац по правилу не одговара^g, већ на против може при таквом пропадању ствари тражити, да му се дâ уговорена награда, сразмерно према урађеном послу, ако је иначе пропао посао био за одобравање.^h Ако је израдилац израчунао много мање трошкове, које поручилац има да поднесе, онда поручилац има права, да раскине уговор, чим се о томе увериⁱ.

a arg. L. 30. §. 3. L. 36. 51. §. 4. D. h. t. b L. 28. Cod. h. t. cf. L. 15. pr. D. h. t. c L. 48. pr. D. h. t. d L. 13. §. 4.. 6. L. 25. §. 7. eod. L. 58. §. 4. eod. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. e L. 51. §. 4. L. 62. D. h. t. f L. 24. pr. eod. g L. 25. §. 7. L. 36. 37. 59. 62. eod. cf. L. 33. eod. h L. 60. §. 4. eod.

Прим. 1 L. 22. §. 2. D. h. t. Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locator enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem. О том техничком имену в. Brinz 2. изд. II. стр. 752. прим. 4. Други случаји који овде спадају јесу: примање преноса (транспорта) робе или лица о томе в. нем. тргов. зак. чл. 390 .. 431., 557 .. 679, и поштанском уговору преноса царев. закона о поштама и поштанским таксама од 28. Октобра 1871. и Mandry Reichges. стр. 344. и д., примање шегрта на занат (в. Dankwardt и. н. м. стр. 277. и д. Mandry стр. 340 и д. (2. изд. стр. 468 и д.) Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 194.: „уговор спреме (поуке) (Lehrvertrag), израђивање и чишћење одела и других ствари итд. L. 13. §. 1.. 6. L. 19. §. 7. L. 25. §. 7. D. h. t. Ако израдилац даје и грађу за ствар коју ваља израдити, то онда није locatio conductio већ emtio venditio. Gai. III. 147. §. 4. J. h. t. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 65. D. de contrah. emt. 18. 1. Другаче је, кад израдилац прими на се обвезу, да и грађу за подизање зграде на земљишту поручиоца набави. L. 22. §. 2. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 20. D. de contrah. emt. Sabinus respondit, si quaes rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aream darem, ubi insnlam adificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. (Huschke у Linde's Ztschr. n. p. IV. стр. 284. по правља alienam место etiam; против тога Arndts у Linde's Ztschr. n. p. VIII. стр. 102. (civ. Schr. I. стр. 435.). Mommsen Dig. I. p. 516. not. 3. nobis etiam fieri velimus). В. у опште Sintenis §. 118. B. b. Keller §. 339 .. 341. Dankwardt die locatio conductio operis, у dogm. Jahrb. XIII. стр. 299 .. 380. о томе Eck у Jen. Litztg. 1875. № 11. Windscheid 4. изд. §. 401. В. и списи од Saintelette-а, који се спомиње у §. 206. прим. 1. и Rockoll Rechtsfälle II. стр. 22 и д.

2 L. 36. D. h. t. Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum (pericolo?) est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nocitum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37. eod. Si prius, quam locatori opus

probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. eod. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. В Buchholtz y Linde's Ztschr. n. p. VIII. 1. Windscheid y Heidelb. krit. Ztschr. II. стр. 139 и д. против Mommseна-Beitr. I. §. 31. и последнег одговор III. стр. 423. и д. Myss Haftung für fremde Culpa стр. 93 и д. Bolze über den Zufall bei der Werkverdingung, clv. Arch. LVII. 5. стр. 86..108. Brinz 2. изл. II. стр. 767 и д. О сношеноу опасности код л. с. operis: Puntschart §. 39. стр. 432 и д.

3 И locatio conductio operis може бити irregularis (§. 312. прим. 2.), кад се замените ствари дају на пренос или израду, са дозволом, да се друге ствари истог рода и доброте место њих врате или употребе за израду. В. L. 31. D. h. t. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit: rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum farbo daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuissest, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut aeronibus aut in alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi debet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ce-

terorum. В о томе W. Sell y civ. Arch. XIX. стр. 318 и далее. Puchta Vorles. II. (4. изд.) стр. 234. Buchholz н. н. м. стр. 8 и д. Keller §. 342.

§. 316.

β). Пособие о *Lex Rhodia de iactu*.

По једном правилу правичности, које је узето из бродарског права острва Родоса, кад се ради спаса лађе, која је у опасности да потоне, намерно, избаце ствари, губитак и штету, која би отуда настала, сносе заједнички сопственици таквих ствари и сопственици спашених ствари, тога и лађе, сразмерно вредности жртвованих и спашених ствари. Сопственик брода (бродар) може сопственике спашених ствари нагонити на сразмерну накнаду штете или ретенцијом њихових ствари или тужбом и то, у колико је однос између њих locatio conductio, а то је обично, са actio conducti, док с друге стране општећени сопственици могу тражити њихову накнаду штете према бродару са actio locati.

Прим. 1. L. 1. D. h. t. Lege Rhodia cavitur, ut si levandas
navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarcina-
tur, quod pro omnibus datum est. — L. 2 .pr. eod. Si laborante
nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces velen-
das locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is de-
inde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut de-
trimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem
respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum
vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo,
etsi (Hal. et si non) retineat merces magister, ultro ex locato habi-
turus est actionem cum vectoribus; quid enim si vectores sint, qui
nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas.
At si non (et) totam nam conduixerit, ex conducto aget, sicut vec-
tores, qui loca in nave conduxerunt (Vulg. aut si non, si totam
navem conduxerant, ex conducto aget, sicut vectores
qui loca in nave conduxerunt, ex cond. agent; Schil-
ling emend.: Et si non totam navem conduxerint, sicut

vectores, qui loca in nave conducto aget. Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvias haberent. — B. у опште Aug. de Schryver comment. sur la loi Rhodia de iactu. Bruxelles 1834. Eck doppelseitige Klagen стр. 137 и д. Claussen über d. Lex Rhodia de iactu mit Berücks. der modernen Seerechte, bes. d. deutschen Handels-G. B. Kiel 1876. Brinz 2. изд. II. стр. 769. — Уз то немач. тргов. зак. V. 8. „von der Haverei“, чл. 702 . 756.

2 „Аналога примена тих правних начела код штете услед ватре, воде и рата, као што се покушало са виште страна, у ствари је неизвршљива, јер нема услова једнаке опасности за све сопственике“. Puchta §. 368. на крају. Но в. W. Sell Versuche I. стр. 100 и д. Windscheid §. 403. по прим. 12.: „Примена тих истих начела на друге случајеве, где неко има ствари разних сопственика, које је обвезан да им преда, па жртвовањем ствари једних спасе ствари других, доиста се не да одбити“. Wächter II. стр. 481. „јер се оснива на општим начелима aequitas-a...“ — Има ли им места примени у случају, кад је нешто жртвовано, да се отклони опасност на мору, која прети? Seuffert's Arch. VII. 89. в. нем. трг. зак. чл. 708. № 4.

4). Ортаклука.

§. 317.

a). Нојам и постанак ортаклука.

Ортаклук (societas*) је на узајамно обавезному уговору основано удружење виште лица у једну правну заједницу у погледу имања^b. Предмет те заједнице може бити цело садање и будуће имање ортака (socii), то је societas omnium bonorum или omnium fortunarum^c; или само оно, што би у будуће и то њиховим радом стекли, то је тековинско друштво (Erwerbgesellschaft)** (societas quaestus или quaestus et lucri), које се препоставља, када се оснива ортаклук у опште, без ближих одредаба у чemu је; или само извесне поједине ствари

a Inst. de societate. 3. 25. Dig. pro socio. 17. 2. Cod. 4. 37.

b L. 31.

32. D. h. t.

c L. 4. §. 1.. L. 3. §. 1. L. 73. D. h. t.

и права или нека множина истих; или само извесне тековине^d, нпр. трговином или извесном трговином; или само поједини посао, који се предузима за заједнички рачун^e. Прави смер удружења може бити и нешто разно од имовних интереса нпр. потпомагање вештине или науке, или просто забава, али праван однос постоји, у свима тим случајима, само у колико у колико примају при томе какве имовноправне обвезе, ради постизавања постављеног смера.

Уговор ортаклука закључује се узајамним пристанком на заједницу и по томе може се закључити и прећутно^{***}. Том се приликом могу поставити разне споредне одредбе, нарочито услови, ако су само у опште дозвољени и ако се са природом посла слажу^g. Удео појединих ортака у добити и губитку, као и њихови прилози и друге учинбе у заједничком смеру, могу се по договору према находије одређивати,^h при чему нарочито може решавати обзир на посао или на кредит појединог ортака или његове фирмeⁱ. Но у колико би се под тим крио поклон, онда овај само онда вреди, ако би постојали услови за важећи поклон^j. По правилу се узима, да је намера, да сваки ортак има подједнаког удела у добити и губитку^k.

* О развитку societas-а в. Leist z. Geschichte d. röm. societas, 1881. (о томе Pfersche у Wiener Ztschr. IX. стр. 639 и д. Lastig Ztschr. f. d. ges. Handelsr. XXIV. стр. 409 и д. Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. стр. 48 и д. Endemann Studien I. № III. стр. 343 и д.

** За противан случај, кад је основана заједница за ужитак материјалних добара, Brinz 2. изд. II. стр. 782, предлаже израз корисничко потрошачко друштво (Gebrauchsgesellschaft).

*** О оснивању ортаклука у виду реалног контракта („realcontractliche“ Eingehung der Societas“): Brinz стр. 789 и д.

d L. 7.. 13. eod. e pr. J. h. t. L. 5. pr. L. 52. §. 4. 5. L. 58. pr. §. 1. D. eod. f L. 4. pr. eod. g L. 4. pr. eod. L. 6. Cod. h. t. h §. 1.. 3. J. h. t. L. 5. §. 1. L. 29. 30. L. 52. §. 2. D. eod. L. 1. Cod. eod. i L. 5. i. f. D. eod. L. 16. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 32. §. 24. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. k pr. D. h. t. §. 1. J. h. t.

Прим. 1 L. 29. D. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operaे, vel cuiuscunque alterius rei causa. §. 1. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. §. 2. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — L. 30. eod. Mucius... scribit, non posse (probe?) societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucci ait, nec posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. Cf. Gai. III. 149. B. Vangerow §. 651. прим. 1. Keller §. 346. Seuffert's Arch. VII. 175. XVI. 110. О подели дамна fatalia: Brinz II. §. 335. и д. и у прим. 9.

2 L. 5. §. 2. D. h. t. Donationis causa societas recte non contrahitur. „Но то има само тај... значај: на основу тога се не може подићи actio pro socio, која је особина консенсуалног уговора“. Savigny Syst. IV стр. 102.

3 Да ли се разумева апсолутна или релативна једнакост удела? В. §. 3. J. h. t. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. — L. 6. D. h. t. Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constituieres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operaе, industriaе, pecuniae in societatem collaturus sit. B. Vangerow §. 655. Keller и н. м. стр. 656. Windscheid §. 406. прим. 13. Brinz II. §. 335. стр. 788 и д.

§. 318.

б). Дејства уговора ортаклука.

Дејство ортаклука је у опште то, да ортаци међу собом поштено испуне оно на шта су се обvezали према смеру и предмету ортаклука, односно према особитим уговорним одредбама. Нарочито, дакле, мора сваки ортак дати свој удео у ортаклуку, и предмете, који су томе намењени, како је уговорено и у колико је то могуће (thunlich) у ортаклук унети (den übrigen mittheilen)^a, а оно што би имао од предмета ортачких вратити^b. Даље је дужан вршити радње на које се обвезао^c, и о пословима, које би за заједнички рачун вршио, рачун полагати^d, а за то има право на сразмерну накнаду оног, што је морао (angemessener Weise) утрошити у интересу друштва^e. У пословима ортакчим дужан је сваки ортак да посвети истим онолику пажњу колику обично посвећује својим сопственим пословима, diligentiam quam suis rebus.^f

Код општег ортаклука, посебице,^g ортаци су обвезани, да сваку правну тековину унесу^g, а с друге стране, њихови се дугови, као и трошак, око њиховог издржавања рачунају у терете ортаклука^h, задржавајући себи право на она посебна потраживањаⁱ, која су постала кулпом појединог ортака. Оно, што је један од ортака недозвољеном радњом стекао, није предмет заједнице, осим ако је кривац својевољно и то унео у заједницу, али у том случају морају ортаци, ако је познато порекло тековине, сносити имовно-правне последице кривице, као и у случају, кад је један од ортака

a L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 52. §. 8. L. 74. D. h. t. cf. L. 58. pr. §. 1. D. h. t. b L. 21. 38. §. 1. L. 60. pr. eod. c L. 52. §. 2. eod. d arg. L. 2. D. de neg. gest. 3. 5. §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. cf. L. 67. §. 1. D. h. t. e L. 32. §. 1. eod. f L. 52. §. 2. L. 72. eod. §. 9. J. h. t. cf. L. 10. D. de compens. 16. 2. g L. 3. §. 1. L. 52. §. 16. L. 73. 74. eod. h L. 73. in f. eod. cf. L. 27. eod. i L. 59. §. 1. eod.

без своје кривице осуђен услед какве деликтне тужбе, док је иначе само део кривчев одговоран према истој^k.

Тужба којом се остварују потраживања из ортаког односа^l, јесте *actio pro socio*.^m Оснивање ортаклука не повлачи за собом никакве промене у погледу односа појединих ортака према трећим лицима.ⁿ Но права и обвезе једног међу њима могу по §§. 245 . . 248. дејствовать и према осталим, за и против^o.

Прим. 1. L. 72. D. h. t. *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.* B. §. 250. Brinz 2. изд. §. 335 прим. 10.

2 О питању, да ли код *societas-a omnium bonorum* ствари ортака постају заједничке ipso iure, в. §. 145. прим. 1.

3 Brinz 2. изд. II. стр. 791 и д. О могућем стицају ове тужбе са другим тужбама в. а) L. 38. §. 1. L. 43. D. h. t. б) L. 45 . . 51. eod. с L. 69. eod. Quum *societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est, epulas* (Hal. *nundinarias epulas*; може *nundinarum impensas?* Mühleubruch §. 418. прим. 8.) *praestaret, eosque a negotio* (Vulg. Hal. *ad negotium*) *dimitteret, si eas iis non solverit, et pro socio et ex vendito cum eo agendum est.* B. Leist y Linde's Ztschr. XVII. 10. — О *bene-*
ficium-y competentiae међу ортацима в. §. 225. прим. 4.

4 „Ортаклук није правно лице“. Wächter II. стр. 482. B. Vangerow §. 653. Windscheid §. 407. Brinz н. н. м. стр. 787 и др. прим. 29. и д. и с обзиром на данашње право о особитим врстама друштава, нем. тргов. зак. Bd. II. III. чл. 85 . . 270. Keller §. 349. Thöl Handelsrecht I. §. 34 . . 48. 5. изд. §. 87. и д. Bluntschli deutsches Privatrecht II. §. 133 . . 139. Römer die Haftung für die Gesellschaftsschuld der offenen Handelsgesellschaft nach dem A.D.H.G.B. und dem gem. R. у његов Abh. aus dem R.R. Heft 1. № 5.; в. Seuffert's Arch. II. 178. 179. 287. 288. III. 195. 197. 360. IV. 115. V. 164. VI. 194. XII. 270. 271. XIV. 82. 93. XVI. 215. 216. Dernburg Pand. I. §. 61. Sommer y Rassow's Beitr. XXX. стр. 358 и д.

^k L. 52. §. 17. 18. L. 53 . . 57. D. h. t. ^l L. 32. eod. §. 2. J. de poena tem. litig. 4. 16. ^m L. 82. D. h. t. cf. L. 4. §. ult. L. 2 . . 4. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. act. 14. 3. L. 44. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1.

§. 319.

с). Престанак ортаклука.

Ортаклук престајеⁿ:

1) не само заједничким закључком свију ортака, већ и једностраним отказом сваког од њих^b, но овај не смета томе, да остали остану у ортаклуку и даље, на основу новог договора или на основу раније погодбе, која је учињена још у почетку за тај случај^c. Отказ може бити подизањем тужбе или на какав други начин^d, а може се учинити и преко заступника или према заступнику^e. Ако је отказ учињен према неком, који осуствује, то ортаклук постоји све дотле, докле онај коме је отказано о томе не сазна, у погледу обвеза ортака који иступа, али не и у погледу права^f. То исто вреди и у случају злонамерног отказа у погледу оног, шта се услед истог хтело да извуче из заједнице^g. У општеј отказ у невреме даје осталим ортацима право на нападу^h, а као отказ у невреме дејствује и отказ пре времена, кад је утврђено извесно време трајања ортаклука, а није оправдано особитим разлогимаⁱ. Договор о нераскидности ортаклука нема утицаја на право отказа;^j

2) смрћу једног од ортака, не дијајући тиме у одредбу, да ортаклук између осталих остаје и даље у важности. Наследник, по правилу,^k не ступа сам по себи у ортаклук, па и онда не, кад је то у напред уговорено^l, али је обвезан, да поштено изврши све оно, што је умрли у погледу ортачких послова предузео^m;

^a L. 4. §. 1. L. 63. §. 10. D. h. t. §. 4 . . 8. J. h. t. ^b L. 63. in f. L. 65. §. 3. D. h. t. ^c arg. L. 65. §. 9. eod. ^d L. 65. pr. eod. ^e L. 65. §. 7. 8. eod. ^f L. 17. §. 1. eod. ^g L. 65. §. 3. eod. §. 4. J. h. t. ^h L. 17. §. 2. L. 65. §. 4. D. eod. ⁱ L. 14 . . 16. L. 65. §. 6. eod. ^k L. 65. §. 9. eod. §. 5. J. h. t. ^l L. 35 . . 37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 63. §. 8. L. 65. §. 9. 11. D. eod. ^m L. 40. eod.

3) Стечајем или конфискацијом имања једног од ортака^a;

4) немогућношћу или свршавањем посла, ради кога је основан ортаклук^b, као и пропадањем предмета, ради кога се хтела заједница^c;

5) истицањем рока, до кога је ортаклук закључен, ако не би био, прећутно или изрично, и даље продужен^d.

Сви ти основи престанка, у осталом, прекидају само ортаклук, а не и потраживања, која су услед истог већ постала, ради којих, шта више, још и тада, има места подизању тужбе (*actio*) *pro socio*, па и према наследницима појединих ортака^e.

Прим. 1. L. 14. D. h. t. *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat?* Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire; nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuntietur, esse pro socio actionem; sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio... L. 65. §. 3. eod.... Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit... §. 6. ibid. Item qui societatem in tempus coiit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat. Seuffert's Arch. XVI. 45.

2 L. 59. pr. D. h. t Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait; in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius etc. cf. L. 63. §. 8. eod. — B. Windscheid §. 408. прим. 11. против Dietzel-a y Linde's Ztschr. н. р. XIII. стр. 435 и д. — По римском праву престанак ортаклука наступао је и у случају maxim-e и medi-je capitis deminutio једног од ортака, као и у случају смрти. L. 63. §. 10. eod. — О данашњем праву нарочито код трговачких друштава: Handelsgestzb. чл. 123. № 2. Bluntschli н. н. м. §. 133. 137. Thöl н. н. м. §. 39. 39 а. № III. §. 43. 43 а. № III. §. 47. 47 а. № E. в. Seuffert's Arch. III. 319.

n L. 4. §. 1. L. 65. §. 1. 12. eod. §. 7. 8. J. h. t. o §. 6. J. eod. L. 58. pr. D. eod. p L. 63. §. 10. eod. q L. 1. pr. L. 65. §. 6. eod. r L. 63. §. 8. eod.

§. 320.

5). Смесништво. (Gemeinschaft).

Смесништво имовних права ствара већ по себи, без обзира на то, да ли је постало по каквом уговору или не, обвешни однос међу учесницима (socii у ширем смислу).^f Том смесништву одговарају и нарочите тужбе, *actio familiae erciscunda*e, која се односи на смесништво међу наследницима^g, и *actio communi dividendo*^h, које се у првом реду односи на смесништво у сопственостиⁱ, али се, по аналогији, може применити и код смесништва других права, која могу неколицини припадати *pro partibus indivisis*^j.^k Са том тужбом може сваки смесник извести деобу (поделу) заједничког добра^l и с тиме и престанак смесништва, а и остваривати тражбине, које су у погледу смесништва постале услед издатака учињених с његове стране,^m или услед општете или коришћења од стране осталих учесника.ⁿ Осим тога она служи сваком од учесника као срество,^o да за време трајања заједнице издејствује према осталим смесницима ону употребу исте, на коју има права као смесник или на основу дотичног договора, а противправне прохтеве с њихове стране да одбије^p. Смесници одговарају један другом, у колико један рукује са смесничким добром, као и ортаци, за ону пажњу коју употребљавају обично у сопственим пословима^q.

a Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. b Dig. communi dividendo. 10. 3. Cod. 3. 37. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam commun. dividendo. 3. 38. §. 20. J. de act. 4. 6. v. §. 97. прим. 7. §. 99. c L. 1. 4. pr. §. 1. D. h. t. 10. 3. L. 19. pr. eod. (§. 133.) d L. 7. pr. §. 2. 6.. 9. eod. L. 1. §. 8. D. de superfic. 43. 18. cf. L. 10. §. 1. L. 19. §. 1. 2. 4. D. h. t. 10. 3. v. §. 53. §. 178. not. f. §. 196. not. p. e L. 14. §. 2. D. h. t. L. 8. pr. eod. L. 5. Cod. h. t. 3. 37. f L. 3. pr. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 4.. 5. 7. L. 8. §. 2.. 4. L. 9. 10. pr. L. 14. pr. §. 1. L. 28. 29. pr. D. h. t. §. 3. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. §. 2. (L. 4.) Cod. h. t. g L. 12. 23. D. h. t. L. 26. D. de s. p. u. §. 2. L. 4. D. de servit. leg. 33. 3. L. 3. §. 1. 2. D. de o. n. n. 39. 1. h L. 25. §. 16. 18. D. fam. erc. 10. 2. L. 26. D. comm. div. 10. 3. L. 4. §. 2. L. 4. i. f. Cod. h. t.

Судија који врши деобу међу њима, дужан је, према правичној оцени^к, да удејствује расправу међу њима^l, до суђујући и осуђујући, по претходној оцени међусобних потраживања смесника, држећи се онога, што је међу њима пуноважно утврђено. Он може, према приликама, досудити једном или другом смеснику разне до сад заједничке ствари или реалне делове једне ствари или једном од њих дати цео спорни предмет, с тим да тај да осталима за то накнаду^m, установити том приликом службеностиⁿ, и о томе како ће се извршити и коме ће се досудити пустити да коцка реши. Најзгоднији поступак биће, по свој прилици, у већини случајева, нарочито кад је реална деоба немогућа, тај, да се лицитацијом између самих смесника или и других лицитаната сазна^o, коме ће заједничко добро припасти и колико ће за то дати осталим.^p

Деобна пресуда, која у осталом дејствује само између парничких страна и њихових правних последника, може се оспорити само на онај исти начин и са оних истих узрока, са који се може оспорити свака друга пресуда. Вансудска деоба може се оспорити не само због преваре већ и због сваког знатнијег оштећења, које би смесник тиме против своје воље претрпео^q, и тиме изазвати, дати повода новом судском деобном поступку.^r

Прим. 1. L. 2. pr. D. h. t. 10. 3. Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividendo iudicio. У последњем се случају смесништво назива данас *communio incidens*. B. L. 25. §. 16. D. fam. etc. »cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum«, L. 31. D. pro socio... Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa quum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata etc. —

ⁱ L. 3. §. 4. D. h. t. ^k L. 21. D. eod. ^l §. 4. 5. J. de off. iud. 4. 17. §. 146. 188. not. g. ^m §. 5. J. cit. L. 47. pr. L. 55. D. fam. etc. 10. 2. n L. 16. §. 1. eod. L. 6. §. 10. L. 7. §. 1. D. h. t. ^o L. 1. §. 1. (L. 1.) L. 3. §. 1. (L. 3.) Cod. h. t. 2. 37. cf. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. p L. 17. Cod. fam. etc. 3. 36. L. 27. D. eod. cf. L. 17. D. de usucap. 41. 3. q L. 3. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

Eck doppelseitige Klagen, стр. 88.. 140. Windscheid 4. изд. §. 449. Steinlechner Jur. Communio. II. стр. 130 и д. Brinz §. 176. 323. Geib die rechtl. Natur der a. comm. div. Tübingen 1882. 1^a Brinz §. 323. прим. 36.

2 L. 5. Cod. h. t. In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri; отуда L. 14. §. 2. D. h. t. Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem in certum tempus, quod et ipsius rei qualitati prodest, valet. Обvezност таквих договора и за сингуларне сукцесоре: L. 14. §. 3. eod. Уз то Kohler Ges. Abh. I. стр. 183 и д. Но: да ли није искључена деобна тужба, кад је у питању кућа, коју уживавају неколицина, тако да су им станови подељени, а уласци заједнички? као и онда, кад је у питању двориште, које је служило за заједнички улазак? Seuffert's Arch. VII. 176. XV. 126. в. XX. 32. Деоба заједничких углова: XXII. 138. Деоба заједничких зидова? Kohler Ges. Abh. I. стр. 176 и д. — Brinz н. н. м. I. стр. 708.: „Право на деобу није у каквој облигацији (обвези) сасопственика, већ у самој сасопствености. С тога оно са отуђењем прелази на стечника отуђеног дела; с тога се истог не можемо никаквим уговором (пактом) одрећи“.

3 Steinlechner н. н. м. стр. 164 и д. В. и Kohler н. н. м. стр. 186 и д. 200 и д. О случају, кад је ко од смесника трошио па какву заједничку ствар, мислећи да је он једини сопственик или када се преварио у личности сопственика, в. L. 14. §. 1. D. h. t. . . Hec enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem . . . esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. B. Zimmermann Aechte und unächte neg. gest. стр. 83 и д. Brinz II. стр. 672 и д. и горе §. 298. прим. 2. — О случају, када је неко без потребе предузео какав посао и за своје смеснике, в. L. 6. §. 2. eod. Non alias communi dividendo iudicio locus erit, . . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. L. 6. §. 7. eod. L. 39. (40.) D. de neg. gest. 3. 5. Brinz н. н. м. стр. 673.

4 Тако с правом Windscheid §. 449. прим. 4. противно Seuffert's Arch.-y IX. 268. в. VII. 185. XIII. 24. Steinlechner стр. 179 и д.

5 L. 3. in f. Cod. h. t. 3. 37. . . ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta

pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem (licitantem) profiteatur. Но в. Seuffert's Arch. I. 261. XV. 125. Реална деоба куће: тамо XIV. 10. в. IX. 264. XXIV. 239. — Један осо- бити пропис: L. 34. §. 2. 2 b. (§. 2.) Cod. de donat. 8. 53. (54.) (§. 81. прим. 2.). — Деоба, у осталом, обухвата у себи час ку- повину час промену, те отуда могућност евикционе обвеле.

L. 20. §. 3. D. fam. ege. 10. 2. L. 14. Cod. eod. 3. 36. L. 1. Cod. comm. utr. 3. 38. О правој природи деоба, око које је спор, в. Steinlechner стр. 96 и д. Wächter II. §. 212. Дод.

6 В. посебице „о деоби неколицине између више њих смес- ник“ („Communions-Interessenten“). Zimmermann у civ. Arch. XXXIV. 9. Против тога Dernburg Pand. I. §. 197. прим. 21.

7 L. 3. Cod. 3. 38. Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Cf. Cons. vet. Icti. cap. 2. Seuffert's Arch. IV. 222. 223. XII. 30. Но в. Windscheid §. 449. прим. 25.

§. 321.

6). Разграничеавање^a.

За случај, да су границе суседних^b, пољских^c, до- бара (земљишта) praedia rustica, постале спорне и тиме даље и неизвесне постоји нарочита лична тужба^d, actio finium regundorum,^e разграничеавна тужба (Gränzscheidungsklage), на коју имају права сопственици, а и друга имаоци стварних права на оспореним добрима^f. Циљ је тој тужби у првом реду сазнање и утврђење правих граница^g, које после ваља видљивим знацима обележити. Но ако се та неизвесност не може откло- нити, то онда та тужба добија карактер деобне тужбе и онда је управљена на поделу спорног пограничног по- јаса, с којим се поступа као са заједничким, а шта више и са разлога целисходности може се граница по нова

a. Dig. finium regundorum. 10. 4. Cod. 3. 39. b. L. 4. §. 11. L. 5. 6.
D. h. t. c. L. 3. pr. L. 4. §. 10. eod. d. L. 1. eod. e. L. 4. §. 7.. 9.
eod. f. L. 8. §. 1. L. 11. 12. eod. cf. L. 3. Cod. h. t.

одредити^g. Отуда се та тужба ставља уз a. communi dividundo и familiae erciscundae и она је, као и те две, duplex actio^h, и код ње могу се појавити разна међусобна потраживањаⁱ.

Прим. 1. О овој тужби са историског гледишта в. Rudorff у Zeitschr. f. gesch. Rtsch. X. 7. стр. 343. и д. Puchta Inst. II. §. 234. Rudorff gromatische Institutionen у Schriften der röm. Feldmesser II. стр. 433. и д. Karlowa Beitr. z. Gesch. des röm. Civilproc. стр. 141. и д. Voigt die XII. Tafeln. II. стр. 622. и д. 638 и д. — Нов поглед на природу ове тужбе изнео је Wiederhold у Linde's Ztschr. XIII. 3. По њему то је тужба, која је управљена на постављање граничних знакова, да би се стало на пут будућим погрешкама у погледу граница. Против тога Sternberg на том истом месту XVII. 13. Puchta Pand. §. 374. и његови kleine Schriften стр. 347 и д. E. Hoffmann у civ. Arch. XXXI. 16. XXXV. 10. Vangerow III. §. 658. Brinz 2. изд. I. стр. 709: да се са a. fin. reg. „може тужити само за омеђавање (Vermarkung) неоспорених граница, или да је f. г. а. битно тужба за омеђавање, не да се изворима потврдити“. В. још у опште Hesse Rechtsverh. zwischen Grundst. Nachb. II. стр. 149 и д. 2. изд. стр. 476. и д. Brinz 2. изд. II. стр. 678. Seuffert's Arch. V. 16. 17. 282 XIV. 29. 136. XVIII. 243. 273. XX. 33. XXI. 212. XXII. 44. XXIII. 26. XXIV. 215. XXVI. 14.

2 Тиме се неће да каже „да емфитеза, узусфруктус, заложно право дају права, да се одреди граница само због емфитезе итд., већ да после сопственика и емфитевта има права да тражи, да се дотичном земљишту одреди „његова граница“ (eigen Gränze), те тако да је и за њих направе rem iudicatam, као и за сопственика“. Brinz 2. изд. §. 177 на kraju.

II. ОБЛИГАЦИЈЕ ИЗ НЕДОЗВОЉЕНИХ ДЕЛА И СЛИЧНИХ СЛУЧАЈЕВА.

§. 322.

По рим. праву из недозвољених дела постају тражбине или на накнаду или за казну (Ersatz oder Straf-Forderungen), које се остварују или чистим туж-

g. L. 2. §. 1. L. 3. D. eod. §. 6. J. de off. iud. 4. 17. h. L. 10. D. h. t.
i. L. 4. §. 1.. 3. D. eod.

бама за накнаду (*Ersatzklagen*) или за казну (*Strafklagen*) или мешовитим тужбама (*gemischte Klagen*) (§. 98.). Међутим, потраживања приватних казна отпала су по општој пракси у већини случајева (§. 243.) и с тога је наук о овим облигацијама у његовим практичним последицама постало врло прост. Међу тим је опет добро, за појединачне случајеве, увек изложити прво одредбе римског права, тим пре, што је теорија у погледу граница њихове данашње примењивости несигурна и још се није стасала, све до најновијег доба.

Прим. Brinz 2. изд. §. 338. — O condemnati-jì cum taxatione код преторских кажњавних тужба в. Heske Bedeutung und Anwendung der taxatio im R. R. 1879.

§. 323.

А. Крађа.

Крађу, *furtum*^a, учинио је онај, који какву покретну^b, ствар узме^c, у намери да тиме дође до противправне добити^d, и тиме и у ствари повреди право неког трећег^e. По римском праву потиче отуда за сваког, који је крађом повређен у неком свом правном интересу^f, кривична тужба, *actio furti*, против лопова и његових помагача^g, и то према сваком од њих за четвороструку вредност ствари, односно мањка (*Interesse*)^h, ако је ухваћен на самом делу (*furtum manifestum*), а иначе т.ј. кад је *furtum nec manifestum*, на двоструку вредностⁱ. Осим тога за сопственика украдене ствари по-

a Dig. de furtis. 47. 2. Cod. de furtis et de servo corrupto. 6. 2. Inst. de obl. quae ex delicto nascuntur. 4. 1. cf. Gai. III. 183., 208. Pauli sentt. II. 31. b L. 25. pr. D. h. t. §. 7. J. de usucap. 2. 6. cf. Gai. II. 51. c L. 1. 68. (67.) pr. D. h. t. L. 43. pr. L. 44. pr. §. 1. eod. §. 3. 4. J. I. c. cf. pr. J. vi bon. rapt 4. 2. d L. 1. §. 3. L. 43. §. 4.. 11. L. 55. (54.) §. 1. D. h. t. §. 7. J. h. t. e L. 43. §. 5. L. 46. §. 8. D. eod. L. 19. §. 5. 6. L. 20. §. 1. L. 40. 55. (54.) pr. §. 1. eod. §. 1. 6. 10. 14. (16.) J. h. t. f. §. 13.. 17. (15.. 19.) J. eod. L. 10.. 14. D. eod. g §. 11. 12. (13. 14.) 19. (21.) J. eod. L. 21. §. 9. L. 34. D. eod. h L. 27. pr. L. 50. pr. D. eod. i §. 5. J. h. t. L. 2.. 8. D. eod.

стоји још једна тужба, која се не сматра као деликтна тужба, већ као тужба за накнаду заснована на противправном држању ствари као таквом, а то је тзв. *condictio furtiva s. ex causa furtiva*^k. Та је тужба управљена на повраћај ствари са њеним пратежом, односно на потпуну накнаду штете, а иде против лопова и његових наследника^m, а ако има више лопова онда као противсолидарно обвезаних дужникаⁿ, али, као права тужба за накнаду, отпада одмах чим оштећени једном добије потпуну накнаду^o. По аналогији даје се та тужба као *incerti condictio* и заложном повериоцу^p, па и у случају противправног одузимања државине код непокретних ствари^q.

По данашњем праву *actio furti*, као кривична тужба, никаде се више не примењује, а тужба за просту накнаду мора се дати сваком оном, чији је праван интерес услед крађе повређен, па и онда, кад по римском праву не би била основана *condictio furtiva*.

Прим. 1. L. 1 §. 3. D. h. t. 47. 2. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.* B. у опште Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gem. Rts. 1834. Wächter y Rtslex. III. стр. 354.. 423. Ullmann über den Dolus beim Diebstahl 1870. Windscheid §. 451.. 454. Brinz 2. изд. §. 339. Schirmer z. L. v. *furtum*, Ztschft. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. стр. 207 и д. Krüger üb. furt. conceptum, prohibitum und non exhibitum, тамо стр. 219 и д. — „Ueber das ope consilio der actio furti“ M. Cohn Beitr. z. Bearbeitung d. R. R. Heft II. 1880. стр. 1.. 40. и у опште о рим. actiones furti: Voigt die XII. Tafeln II. §. 136. и д.; о cond. furt.: Brinz 2. изд. §. 301. — Битно се разликује од појма *furtum-a* појам крађе у модерним кривич. законима. Царев. крив. зак. §. 242. аустр. крив. зак. §. 171. Wächter Pand. II. стр. 488.: „Крађа немачког права је само један случај *furtum-a*, јер у римски *furtum*

k Dig. de condicione furtiva. 13. 1. Cod. 4. 8. cf. §. 14. J. de action. 4. 6. 1 L. 3. 7. 8. L. 14. §. 2. 3. D. l. c. 13. 1. L. 2. Cod. l. c. 4. 8. m L. 4.. 6. L. 7. §. 2. L. 16. D. eod. n L. 4. Cod. l. c. o L. 10. pr. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. p L. 12. §. 2. D. l. c. cf. L. 22. pr. D. de pign. act. 13. 7. q L. 25. §. 2. D. de furt. 47. 2.

долазе и пр. још проневерење, разбојништво, противправно присвајање употребе, одузимање државине (Besitzwendung, крађе државине) код какве покретне ствари итд.^a Прим. 1.: „даље: свесно примање оног што се не дугује“. Brinz 2. изд. II. стр. 804. — O furtum-y possessionis в. Windscheid §. 452. прим. 10.; Wendt в. §. 129. прим. 1.) стр. 107 и д.

2 У кривич. закону Кара V. art. 157, 158. још се признаје приватна казна двоструког и четвороструког тражена накнада, код просте и омање крађе (испод 5 златних форината), али је и за тај случај доцније отпала. Dollmann и. и. м. стр. 112.

3 У случају насиљног одузимања покретних ствари римско је право давало још једну особиту (преторску) тужбу actio vi bōorum raptorum, и то intra annum utilem, којом се могла тражити четворострука вредност отетог и која је као mixta actio могла бити у стицају, с једне стране са actio furti, а с друге стране, са condictio furtiva B. Inst. vi bōorum raptorum. 4. 2. Dig. 47. 8. Cod. 9. 33. Даље постоји слична тужба за случај крађе за време пожара или сличних несрћних догађаја. Dig. de incendio, ruina, naufragio. 47. 9. Издавање тих случајева данас је у грађанској правном погледу без икаквог интереса и значаја.

4 Са особитих разлога узима се, да не може бити furtum-a код ствари које улазе у какво наслеђе, док наследник не прими државину, осим ако није повређен крађом имовни интерес неког другог. L. 69..72. 84. (68..71. 83). D. de furt. 47. 2. cf. L. 35. D. de usucap. 41. 3. Arndts v Rh. Mus. II. стр. 132 (civ. Schr. I. стр. 130). За тај случај постоји нарочито правно срество, crimen expilatae hereditatis, која је управљена на кажњавање extra ordinem и реституцију покрађе. Dig. expilatae hereditatis. 47. 19. Cod. 9. 32. По данашњем праву и та је особеност без икаквог значаја. Другог је мињења Windscheid §. 454. прим. 20. в. Wächter Rtslex. стр. 422.

B. ОШТЕЋА.

§. 324.

1). Обвеза давања оштете по lex-y Aquilia^a.

По lex-y Aquilia,¹ и његовој по аналогији проширењом примени^b, дужан је дати потпуну накнаду оштећеном сваки онај, који својом кривицом^c и према томе незакосвачки

^a Inst. de lege Aquilia. 4. 3. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Cod. 3. 35. b §. 16. J. h. t. L. 27. §. 19., 21. L. 30. §. 2. L. 33. §. 1. D. h. t.

ним (противправним) понашањем^d у свом раду^e, било у злу намери или само из недовољне пажње^f, изазове оштећење или поништај какве ствари или такав ресултат, као кад би била поништена^g, или повреду тела каквог слободног лица^h, те тиме створи некоме некакву штету (damnum iniuria datum)ⁱ. Тужба која је дата за тражење оштете јесте actio legis Aquiliae, directa или utilis и in factum actio accommodata legi Aquiliae^j. На њу има права не само сопственик^k, већ и друга лица која имају какво стварно право^l, па и према самом сопственику, односно право на ту тужбу има онај који је телесно повређен^m, или његов власникⁿ.^{za} По рим. праву била је управљена, против оног који пориче, на давање двоструке вредности^o, а имала је и карактер кажњавне тужбе^p по томе, што је за њу постојало наређење, да се при процени оштете узима највећа вредност коју је ствар имала у последњој години (код убиства робова и стоке) или за последњих тридесет дана (код других ствари)^p. По данашњем праву, у сваком случају, има само карактер тужбе за накнаду, која као деликтна тужба према наследницима дејствује само са извесним ограничењем^q. Само у погледу доказивања вредности оштећени се и данас може користити горњим роковима,^r а више криваца одговарају му солидарно^s. У случају телесне повреде каквог слободног лица тужба је по рим. праву била управљена само на накнаду имовне штете^t, услед трошкова око лечења и губитка зараде,^u а по данаш-

^c L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 4. 5. pr. L. 27. §. 9. L. 29. §. 1. L. 31. L. 49. §. 1. eod. ^d L. 5. §. 1.. 3. L. 6. L. 8. §. 1. L. 10. L. 44. D. eod. ^e L. 7. §. 1. et sq. L. 27. §. 5. et sq. eod. ^f L. 5. §. 3.. L. 7. pr. §. 4. L. 13. pr. eod. ^g L. 21. §. 2.. L. 23. §. 6. L. 29. §. 3. L. 33. pr. L. 37. §. 1. eod. (§. 206.). ^h L. 11. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 9. §. 2. 3. L. 29. §. 5. L. 33. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 16. J. eod. ⁱ L. 2. pr. L. 11. §. 6. L. 27. §. 5. eod. cf. L. 19. 20. eod. ^k L. 11. §. 8. 10. L. 12. L. 17. eod. ^l L. 13. pr. eod. ^m L. 7. pr. §. 4. eod. ⁿ L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. eod. L. 4. Cod. h. t. (§. 252.). ^o §. 9. J. h. t. L. 11. §. 2. i. f. D. h. t. (§. 105.). ^p §. 9. 10. J. h. t. L. 2. pr. §. 2. L. 21. 22. 23. §. 3. L. 27. §. 5. L. 29. §. 8. D. h. t. ^q §. 9. J. l. c. L. 23. §. 8. D. h. t. (§. 104. прим. 2.). ^r L. 11. §. 2. eod. (§. 214.). ^s L. 7. pr. eod. L. 7. D. de his qui effud. 9. 3.

њем праву повређени има право накнаде и за претрпљене болове.⁶

Прим. 1. О садржају овог закона в. а) L. 2. pr. D. h. t. *Lege Aquilia capite primo cavetur: Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel (quadrupedemve?) pecudem occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.* b) L. 27. §. 4. eod. *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.* Пре су чињене најразније претпоставке о томе, како је гласила ова друга глава, међу њима је било и врло духовитих, нпр. она која је изложена у расправи *Claudius-a Chisletius-a* у *Otto's Thesaurus V.* р. 873. sqq., — али су се све те претпоставке показале као погрешне, кад је Гајус нађен. В. Gai. III. 215. 216. c) L. 27. §. 5. eod. *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis tantum aes domino dare damnas esto.* В. A. Pernice z. L. v. d. *Sachbeschädigungen nach R. R. 1867.* (о томе Exner у kr. Vjschr. XI. стр. 312 и д. Schletter's Jahrb. XIII. стр. 179 и д. K. Sell die actio de rupitiis sarcinidis der 12 Tafeln und ihre Aufhebung durch die lex Aquilia. 1877. (о томе F. Hoffmann у krit. Vjschr. XX. стр. 280 и д.). Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 259 и д. Voigt die XII. Tafeln II. §. 131. и д. и стр. 665 и д. Brinz 2. изд. §. 340. E. Grueber *The lex Aquilia (The roman law of damage to property).* Oxford. 1886. У том се спису прво (на 180 страна) коментар уз главу ad leg Aquil. 9. 2., за тим (на 100 страна) систематско излагање наука о накнади штете код повреда ствари. Историски податци стр. 181 . 196. О injuri-ji, culp-i, damnum-u у смислу тог закона в. тамо II. §. 6. . 8.

2 L. 44. D. h. t. *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* §. 85. прим. 2. В. §. 86. прим. 3. Brinz прим. 13. и д. Но при томе је од важности оценити, да ли нема какве кривице до самог оштећеног. §. 4. J. h. t. L. 3. 4. pr. L. 28. §. 1. L. 52. §. 1. D. h. t. L. 11. pr. eod. L. 203. D. de R. J. Но одговорност долозног штетника не искључује се ни онда, када је lata culpa код оштећеног. L. 9. §. 4. L. 31. cf. L. 52. §. 1. D. h. t. Demelius у dogmat. Jahrb. V. стр. 59 и д. 71 и д. Arndts у krit. Vjschr. V. стр. 172. (civ. Schr III. стр. 505 и д.). Pernice стр. 58 и д. Exner стр. 313. В. §. 250. прим. 4. О доказу кривице Busch у civ. Arch. XLV. стр. 148 и д. Pernice стр. 230 и д. Seuffert's Arch. VII. 320. XVI. 113.

З Да ли постоји одговорност и за неспречавање штете (Unterlassung) и у колико? Seuffert's Arch. III. 55. IV. 96. X. 164. 165. XIII. 28. XV. 129. Busch у civ. Arch. XLV. стр. 139. и д. Pernice стр. 164 и д. (но в. сад Pernice Labeo II. стр. 56. 253.) Windscheid §. 455. прим. 9. Brinz § 340. прим. 10 . 12. Одговорност овластиоца? Seuffert's Arch. XV. 130. — Одговорност газде за оштету, коју су његове слуге нанеле? Тамо XIV. 35 XVI. 220. — Одговорност правног лица за оштету, коју би нанела лица, која су у његовој служби? тамо IV. 119. VII. 150. XIV. 36. XXV. 119. и XXXVII. 22. нарочито одговорност жељезнице за штету нанету на прузи или влаком? тамо VIII. 53. X. 165. XIII. 140. XIV. 208. XV. 26. Царев. зак. тзв. Haftpflichtgesetz (зак. о обвези одговарања) од 7. Јуна 1871. (в. аустр. зак. од 5. марта 1869.) наређује, за случај да неко при руковању жељезнице погине или се телесно повреди, да онај који рукује жељезницом (Betriebsunternehmer) одговара за штету, која би услед тога настала, осим ако он не докаже, да је несреща наступила услед неке веће (неодољиве) силе (в. њен појам горе §. 289. прим. 1.) или сопственом кривицом убијеног или повређеног. Повређени или његов наследник не мора доказивати, да је несреща наступила кривицом руковаоца или његових чиновника. По том истом закону одговара за штету онај „који ради какав рудник, мајдан, ископину, Gräberei (Grube) или фабрику“ и за кривицу свога особља, услед које је у њихову послу наступила смрт или телесна повреда каквог лица. В. Endemann die Haftpflicht der Eisenb... 1871. Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach röm. gem., kgl. sächs. und neuem deutschen Reichsrecht. 1875. (о томе Hellmann у krit. Vjschr. XIX. стр. 477 и д.). Eger die Reichshaftpflicht. 1876. (2. изд. 1879.). Mandry Reichsges. стр. 357 и д. (2. изд. стр. 491 и д.) Stobbe III. стр. 395 и д. Windscheid 4. изд. §. 455. 457. прим. 5 а. Löning d. Haftung des Staates aus rechtsw. Handlungen seiner Beamten. 1879. стр. 75 и д. (о томе Juraschek у Wiener Ztschr. IX. стр. 131 и д.). Dernburg II. §. 301. Baron z. Fortbildung des Haftpflichtgesetzes. 1880. Kräwel у Bödiker's Mag. I. стр. 23 и д. 1881. Genzmer das Reichshaftpflichtgesetz. 1882. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts I. 12. стр. 335 и д. Weinrich die Haftpflicht wegen Körperverletzung u. Tötung eines Menschen nach den im deutschen Reiche geltenden Rechten. 1883. О питању; „у колико господар посла (Arbeitgeber) одговара за кривицу својих радника? в. мњења од Dreyer-a, O. Meyer-a и Leonhard-a у Verhh. d. Jur. Tag. I. стр. 46 и д. 125 и д.

337 и д. — Неспречавање (*Unterlassung*) није довољно, Grueber II. §. 5. стр. 208 и д. — О одговорности за кривицу послуге Grueber стр. 90 и д. — О спису Weinrich-a Bähr krit. Vjschr. XXVI. стр. 748 и д. — В. још Fuld Haftpflicht und Unfallversicherung у Bödiker's Mag. V. стр. 270. и д. Kräwel тамо стр. 21. и д. — в. још уз not. h. Grueber II. §. 4. о проширењу примени I. Aquil. у путу *act. utiles* и *in factum*.

3^a В. Eisele der Anspruch des gutgläubigen Besitzers aus rechtswidriger Zerstörung oder Beschädigung der von ihm besessenen Sache, у civ. Arch. LXVII. 2. стр. 41 и д. Brinz прим. 23.

4 Puchta §. 388. not. g. Против тога Windscheid §. 455. прим. 23. Stegemann у civ. Arch. LXVIII. 2. стр. 28 и д.

5 Примери те врсте у Seuffert's Arch. VIII. 222. XIII. 29. XIV. 235. XVIII. 42.

6 В. кривич. зак. Карла V. чл. 20. §. 1. „... Sollen ... dem, so ... wider recht ... gemartert wäre, seiner schmach schmerzen, kosten und schaden der gebühr ergetzung zu thun schuldig sein“. Против тога L. 7. i. f. D. de his qui effud. 9. 3. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Против тога, да по општем приватном праву има места тужби за претрпљене болове, изразио се Seitz Unters. über die heut. Schmerzengeldklage. 1860. У осталом ту тужбу ваља замислити као тужбу за накнаду (*utilis actio legis Aquiliae*), а не као кажњавну тужбу, али коју по §. 231. царев. кривич. зак исказује изречена новчана казна, која је и приватна казна и накнада штете, што је, у осталом, спорно, в. Mandry Reichsges. стр. 354. (2. изд. стр. 488). Brinz 2. изд. §. 338. прим. 2. Против Seitz-a Stintzing у krit. Vjschr. II. стр. 590 и д. Windscheid прим. 30..34. Wächter die Busse (в. ниже §. 339. прим. 1.) стр. 72 и д. Stobbe Handb. III. стр. 416 и д. Pfaff у Drei Gutachten стр. 15 и д. и Wiener Zeitschr VIII. стр. 680 и д. Unger тамо стр. 220 и д. Mandry стр 351 (2. изд. стр. 485 и д.) за и против: Seuffert's Arch. I. 220. IV. 227. XIII. 31. XV. 131.; о тражбинама propter deformitatem в. тамо I. 65. аустр. грађ. зак. §. 1326. уз то Pfaff у Wiener Zeitschr. VIII. стр. 647 и д. — Пракса даје још уз то и породици повређеног или убијеног право тражбине доживотног издржкања, у мери у којој би је могла од повређеног или убијеног имати. Sintenis §. 125. прим. 21. Seuffert's Arch. XI. 44. XIII. 144.

§. 325.

2). Нарочити случаји.

Нарочите тужбе даје римско право још у овим случајима: 1) због злонамерног наношења штете у каквом метежу, *damnum in turba datum, intra annum in duplum, post annum in simplum*^a; 2) због намерно нанете штете за време пожара или какве друге несреће, *intra annum in quadruplum, post annum in simplum*; 3) због кришом посечених дрва или шибља *actio arborum furtim caesarum*, на двоструку вредност^c; 4) због злонамерне повреде гроба, *actio sepulcri violati*^d, која је управљена за онога који на то има специјално право, на ону суму, коју судија одреди, а кад је случај популарне (народске) тужбе на казну од 100 или 200 aurei, ако је повреда била у становашу и зазиђавању; 5) због бесправне саране мртвача, *de mortuo illato*, којом се тражило власностстављање стања и арбитрарна повчана казна^e; 6) против закупника јавних прихода, због оштете које би они или њихове слуге у повереном им послу извршили, за годину дана, ако својевољно не даду накнаду, на двоструку вредност, а после на обичну вредност^f; 7) против оног, који јаван пут прошири на туђем земљишту или га са свог потисне, *viae receptae* (или *reiectae*? *actio*, управљена на оштету^g.

По данашњем праву у свима тим случајима има места само простој накнади штете, приватне казне нема више и с тога се у приватно-правном погледу више не одвајају као нешто засебно од осталих случајева, само ако и без тога већ потпадају под *lex Aquilia* (§. 324.).

Прим. В. у опште Windscheid §. 456. и парочито уз № 4: царев. крив. зак. §. 168. 304.; уз № 7: тамо §. 370. 1. О *actio de modo agrio* Bechmann Kauf I. стр. 248 и д. Lenel у Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XVI. Rom. Abth. стр. 190 и д. и ed. pergr. стр. 153.

a L. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. b L. 1. pr. D. de incendio. 47. 9. §. 323.
прим. 3. c Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. d Dig. de sepulcro vio-
lato. 47. 12. e L. 2. §. 2. D. de religios. 11. 7. f L. 1.. 6. D. de publi-
canis. 39. 4. g L. 3. pr. D. de via publ. 43. 11.

§. 326.

3). Одговорност за оштету нанету другим лицима.

Коме је нанета штета избацивањем и просипањем нечег из куће, која је на месту где је пролаз, тај може не само учиниоца тужити са аквилском тужбом^a, већ у место њега и онога који станује у тој кући или извесном делу њеном са преторском *actio de effusis vel deiectis* и тражити накнаду штете^b.

Прим. 1. Овде ваља узети у обзир а) солидарну одговорност вишег становника једног истог стана, који међу собом имају право рергреса *pro rata parte*. L. 1. § 10. L. 4 D. h. t. 9. 3. б) рергрес према учиниоцу. L. 5. §. 4. eod. c) *Utilis actio* код зграде и лађе, које нису настањене. L. 5. §. 3. L. 6. §. 3. eod. d) примену те тужбе у случају кад падне каква изнета или обешена ствар. L. 1. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 12. eod. В. Wyss Haftung für fremde Culpa стр. 66 и д.

2 По рим праву тужба због оштећених ствари управљена је била на накнаду двоструке вредности. L. 1. pr. §. 4. D. h. t. У случају убиства каквог слободног лица давала се популарна (народска) тужба, која је била управљена на казну од 50 aurei. L. 1. pr. §. 5. eod. Осим тога била је још једна популарна (народска) тужба, која је била управљена на 10 aurei, због изнашења и вешања ствари, које би било опасно, *actio de posito vel suspenso*. L. 5. §. 6.. 13. D. h. t. §. 1. J. l. с. Све је то сад без практичне вредности. На место тих популарних (народских) тужаба дошла је наредба од стране власти, коју може сваки изазвати доставом о прављењу (Anzeige des Unfugs). В. цар. кривич. зак. §. 366. № 8.

3 О другом једном случају одговорности за штету коју би начинио неко други в. §. 289. В. и §. 324. прим. 3. Римско је право установљавало још једну особит врсту одговорности господара за штету и у опште за деликте, које би роб учинио, а старије римско право то је исто чинило у погледу деликата деце у кући (*Hauskinder*). За такву штету или кривицу, могао се господар, односно отац, тужити, али се он могао ослободити одговорности уступањем — *noxae datio* — кривца. Dig. de noxalibus actionibus. 9. 4.

^a L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. ^b Dig. de his qui effuderint vel deiecerint. 9. 3. §. 1. 2. J. de obl. quae quasi ex del. 4 5. в. §. 324. прим. 5.

Cod. 3. 41. Inst. 4. 8. Zimmern System der röm. Noxalklagen 1818. Wys н. н. м. стр. 8.. 55. в. Schlesinger у Ztschr. f. Rtsgsch. VIII. стр. 202 и д. IX. стр. 239 и д. („über die defensio bei Noxalklagen“). Mandry d. gem. Famil. Güterrecht. II. стр. 611 и д. Lenel das ed. perpet. стр. 124 и д. Voigt die XII. Tafeln II. §. 142 и д. То је у данашњем праву отпало. Но друге одредбе у том погледу постављају новија законодавства, н. пр. Code Nap. art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes, dont on doit répondre (нарочито: enfants mineurs, domestiques et préposés élèves et apprentis)... à moins que les pères et mères, les instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait, qui donne lieu à cette responsabilité. В. аустр. грађ. зак. §. 1308 до 1310. 1314. 1315. и у погледу новијих пројеката Unger d. revid. Entw. eines bürgl. G. B. für das Königr. Sachsen. стр. 11 и д. Replik стр. 19 и д. Arndts тамо стр. 70. (civ. Schr. III. стр. 463 и д.) Lang Krit. des bayer. Entw. II. стр. 40 и д. Emminghans у prakt. Arch. н. р. VIII. 2. стр. 33 и д. Stobbe Handb. III. §. 201.

§. 327.

4). Оштета нанета животињама.

Кад каква животиња, без садејства човека, у беснилу, које јој није у природи (*contra naturam sui generis*), направи штету, оштећени може сопственика исте тужити са *actio de pauperie* и тражити накнаду штете^a, али се овај може ослободити те обвезе накнаде уступањем (*noxae datio*) животиње, која је штету нанела.¹ Још једна, нарочита тужба, *actio de pastu*^b, са истим дејством, дата је, за случај да каква животиња попасе туђе плодове, без позитивне кривице каквог човека.² Против оног, који држи опасне животиње на месту где је пролаз, давао је Едилски едикт тужбу, којом се могла тражити двострука вредност ствари, коју би такве животиње повредиле, накнада и арбитрарна новчана казна

^a Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicitur (dicatur). 4. 9. Dig. 9. 1. b arg. L. 14. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. Pauli sentt. I. 15. §. 1. L. 6. Cod. de lege Aquil. 3. 35.

у случају повреде, и казна од 200 solidi у случају убиства каквог слободног лица^c. И овде данас има места само обичној накнади штете а према приликама казна по кривич. закону^d.

Прим. I. В. §. 326. прим. 3. Zimmern Noxalklagen Cap. 5. стр. 79 и д. О њиховом грчком узору в. Hofmann Beitr. стр. 29 и д. и оне који се тамо наводе. L. 1. pr. D. h. t. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII. tabb. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiā commisit, aut aestimationem noxiāe offerre. (B. L. 4. eod. Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit). Тужба је према томеnoxalis actio, у погледу које важи правило: по ха сарут sequitur. L. 1. §. 12.. 16. D. h. t. cf. L. 12. 13. 30. D. de noxal. act. 9. 4. — B. Code Nap. Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert,.... est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé; аустр. грађ. зак. §. 1320., bayer. Entw. II. чл. 948. 949. Stobb'e Handb. III. §. 202. Wächter § 216. Дод. II. Radloff die Haftung des Eigenthümers für den durch Thiere angerichteten Schaden nach R. R. 1883 Brinz 2. изд. II. стр. 814.

2 Има их који споре да може постојати *actio de pastu*, као noxalis actio без претпоставке аквилске кулпе. Seuffert §. 430. прим 3. Sintenis §. 12^e. прим. 29. То је истина, да се она само посредно спомиње на једном месту у Пандектама, које се тек онде ближе објашњава, када се сравни. Paul. I. c. (not. b.). Али како се она у том месту још сматра као засебна тужба која је од практичне вредности, то ће се морати узети, да је то друга тужба, која се разликује од utilis legis Aquiliae actio (L. 6. Cod. 3. 35.) B. Radloff н. н. м. стр. 63 и д.

§. 328.

5). Оштета другим стварима. Cautio damni infecti^a.

Када постоји опасност штете за какво добро, услед недостатака другог добра,^b којима није узрок^b природа њихова, а нарочито кад то долази услед недостатака

^a L. 40. §. 1.. L. 42. D. de aed. ed. 21. 1. ^b д пар. крив. зак. §. 366. №. 5.

^a Dig. de damno infecto et de suggrundis et proiectionibus (protectionibus). 39. 2.
b L. 24. §. 2. D. h. t. L. 7. pr. §. 2. L. 24. pr. §. 5.. 7. 9. 12. eod. L. 27. §. 10
D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 18. 29. D. de s. p. u. §. 2.

зграда и других грађевина,^c онда се тиме ствара извесна обвеза за оног чије је такво земљиште или зграда.^d Такво лице, ако оно само не нађе, да је за њега боље, да напусти такво земљиште или зграду,^e може онај коме опасност прети,^f нагнати да се изричним обећањем обвеже, да ће му накнадити штету, која би отуд потекла^g, т.ј. да дада cautionem damni infecti,^h кад он претходно положи заклетвуⁱ, да је у опасности^j.

Ако такво лице не би хтело, да дада кауцију, то се онај који има право на такво тражење упућује, судском наредбом, да ствар од које му прети опасност узме у државину, и то у први мах само custodiae causa, без искључења обвезаног и то је тзв. missio in possessionem ex primo decreto^f. Кад одређени рок прође без успеха^k т.ј. кад обвезани не дада тражену кауцију, онда се другом наредбом наређује, да се право обвезаног уступа са свим ономе који има право на тражење осигурања. То је тзв. missio in possessionem ex secundo decreto^l. Ако се обвезани противи заузимању државине, онда онај који на то права има, може да бира или да се одржи у истој прохигиторним интердиктом или да сматра да је осигурање (кауција) дато и да са actio in factum тражи накнаду штете, која би наступила^h.

Но оштећеном се и ван тог случаја помаже и после већ наступљене штете^m са одређивањем осигурања (cautio) de damno praeterito, односно са давањем тужбе на накнаду штете или накнадним упућивањем у државину.ⁿ Али се зато претпоставља, да тражење кауције није изостало из небрежења, већ да се може извинити са оправданим разлогима или да је штета настутила тек после већ предате молбе за осигурање или већ

^c L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. h. t. ^d L. 7. pr. L. 13. §. 3. 12. 13. eod.
^e L. 24. §. 3.. 5. L. 28. 29. L. 37. 40. pr. eod. cf. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. §. 2.
— L. 26. D. h. t. ^f L. 7. pr. L. 15. §. 11.. 15. 20. 31. 34. eod. cf. L. 4. §. 1.
L. 38. §. 1. eod. ^g L. 4. §. 4.. 6. L. 15. §. 16. 21.. 27. eod. (§. 93. прим. 4.).
h L. 4. pr. §. 1. 2. D. ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. 43. 4. L. 4.
§. 2. L. 7. pr. L. 15. §. 36. L. 16. 17. 18. §. 13.. 15. D. h. t.

наређеног упућивања у државину¹, пре но што је посту-
пљено по првој^k, или пре но што је према наредби,
заиста и заузета државина^l. Иначе општећени има само
право, да предмете услед којих је штета настала, а
који су дошли под његову власт задржи, ако му се
не даде накнада штете^m.

У осталом cautio de damno infecto може се тражити
и у другим случајима, нарочито онда, кад неко, који
на то има права, хоће да на туђем земљишту нешто пре-
дузме, што може за сопственика изазвати какву штетуⁿ.

Прим. 1. Главно је место о овом питању L. 7. pr. D. h. t. Praetor ait: Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebō ei, qui iuraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cuius nomine aget, postulatum fuisse in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebō. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebō. Eum, cui ita non cavebitur, in possessione eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebō. In eum qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisse. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine (non) satisdabitur, eum cui non satisdabitur simul in possessione esse iubebō. Cf. L. 7. §. 1. eod. В. у опште Hesse die cautio damni inf. 1838. 2. изд. 1841. Groh über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1854. Hesse die Rechtsvh. zwischen Grundstücksnachbarn. 1859. I. стр. 1.. 183. 2. изд. 1880. стр. 3.. 154. Vangerow §. 678.; у истор. погледу в. Huschke Gaius. 1855. Додатак стр. 203. и д. и Voigt die XII. Tafeln II. стр. 613. и д. Burekhard die cautio damni infecti, у Гликову коментару књ. 39.

ⁱ L. 7. §. 2.. L. 9. pr. eod. ^k L. 15. §. 28. eod. ^l L. 15. §. 32.
34. 35. L. 44. pr. eod. ^m L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. 2. eod. cf. L. 9. §. 3. eod.
L. 5. §. 4. D. ad exhib. 10. 4. ⁿ L. 5. §. 4. L. 9. §. 1. L. 15. D. ad exhib.
10. 4. L. 19. §. 4. D. locati. 19. 2. §. 192. not. t.

св. 2. 1875. о томе Bernhöft y Jen. Ltztg. 1876. № 6. Windscheid 4. изд. §. 458.. 460. Brinz 2. изд. §. 172.

2 Има их који cautio damni infecti ограничавају само на куће и друге зграде са извесном наменом (Vorrichtungen) Puchta §. 394. у почетку. Но в. L. 24. §. 12. D. h. t. „stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit“. L. 24. §. 9. eod. „si quid arborum locive vitio acciderit“. L. 18. D. rat. rem hab. 46. 8. „in stipulatione damni infecti... cavet... si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur“. Cf. L. 24. §. 2. h. t. „Vitium autem aedium et loci... quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit“. Weiske quaest. iur. civ. 1831. нро. 1.; в. и Schäffer y pract. Arch. II. 12. Под „грађевином“ (Werk) не ваља разумети само готову грађевину (Anlage), већ и онај рад на туђем или сопственом земљишту, који томе води н.пр. поправка пута; в. Brinz 2. изд. I. стр. 671. и Burckhard стр. 136. и д.; (на том истом месту и о vitium-y loci). Да ли је каква зграда паду склона „с тога што је рђаво зидана, што је рђава грађа или што је стара, сасвим је све једно. Довољно је, да такво стање постоји и да се може и ваља да отклони“. Burckhard стр. 138.

3 Сопственик, L. 10. D. h. t.; поштени држалец, L. 13. pr. eod.; суперфицијар и емфитеута, L. 9. §. 4. L. 15. §. 26. eod.; пло-
дојувалац, L. 9. §. 5. eod.; заложни поверилац, L. 11. 15. §. 25. eod. cf. L. 19. pr. eod. (§. 126. прим. 1.); више њих са разним пра-
вима, у исто доба L. 9. §. 4. 5. L. 22. pr. eod.; сопственик про-
гата parte, L. 27. in f. L. 40. §. 3. eod. — Предузимач грађе-
вина на јавном месту, земљишту: L. 15. §. 2. 3. L. 19. §. 1. L.
24. pr. eod.

3^a У томе што је сопственик земљишта или зграде, од које прети опасност, стављен пред алтернативу: aut cavere aut (aedibus) caregere, налази се извесна сличност са нокталним тужбама, коју и сами извори истичу (L. 7. pr. D. h. t. L. 5. D. ne quid in loco publ. 43. 5.) В. Pernice Labeo I. стр. 117. Burckhard стр. 1 и д. Windscheid §. 458. прим. 5. Brinz I. стр. 674.

4 L. 18. pr. D. h. t. Damni infecti stipulatio competit non tan-
tum ei, cuius in bonis res est, sed etiam, cuius periculo res est;
према томе то право припада не само сопственику и другим који имају какво стварно право, и сваком од њих, ако их више има, L. 5. §. 2. L. 11. 13. §. 8. L. 39. §. 2. eod.; cf. L. 27. eod., већ и сваком имаоцу, који има само неко облигаторно право, L. 13. §. 5.
L. 21. 38. pr. eod. cf. L. 13. §. 4. eod.; да ли то право има и bonaē fidei possessor? L. 11. 13. §. 9. D. h. t. Jhering Abh. стр. 104 и д.
111. Groh стр. 18 и д. Brinz стр. 672., који, опет зато, о овој

кауцији говори у науку о сопствености под „заштитним тужбама“ (Schutzklagen) Windscheid §. 459. прим. 3. Против тога Vangerow и. н. м. № II. Но в.: L. 13. §. 3. D. h. t. Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem et non inquiretur, utrum inter sit eius, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non? — У осталом овде се претпоставља, да онај коме прети опасност нема и без тога какву тужбу, којом би био заштићен од штете L. 13. §. 6. L. 18. §. 2. 4. L. 20. 32...34. D. h. t.; с тога сопственици међу собом не могу тражити кауцију: L. 32. с. по спорно је, да ли у том погледу не постоји изузене за зацит.; по спорно је, да ли у том погледу не постоји изузене за једничке зидове? L. 39. pr. L. 43. §. 1. eod. cf. L. 28. 35..37. eod. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. Vangerow §. 678. № XI. О заступништву в. L. 7. pr. L. 13. §. 13. L. 39. §. 3. D. h. t.

5 Вербалну кауцију (nuda re promissio) од стране сопственика и в. б. f. possessor-a, као и они који имају какву баштинску службеност, због које су подигли какву грађевину (Anlage), L. 13. pr. 2. 1. L. 30. §. 1. D. h. t.; сатисдацију (Satisfatio) од стране осталих L. 9. §. 4. 5. L. 10. 11. eod. cf. L. 7. pr. eod. в. Seuffert's Arch. IV. 11. VII. 185. — Давање те кауције везано је за рок који буде потребан (angemessene Zeitfrist): L. 4. pr. L. 7. pr. L. 13. §. 15. L. 14. eod. cf. L. 15. pr. §. 1. eod.

6 Дакле, према прим. 3., сопственост (по старијем праву истине само бонитарну), L. 15. §. 17. 33. D. h. t. L. 5. 7. §. 9. D. communi div. 10 3. L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5.; према приликама и државину способну за узукапију (Usucapionsbesitz), L. 5. pr. L. 12. 15. §. 16. 27. D. h. t. L. 3. §. 23. D. de poss. 41. 2. (која су се места, по свој прилици, по старијем праву, односила на претварање бонитарне својине у квиритарну); емфитевесу или су перфацију, вршење права плодоуживања, државину заложне ствари искључујући заложног повериоца, ништећи та стварна права свим за сопственика и имаоца њиковог, ако је упућивање у државину удејствовано према обојици, L. 9. §. 4. 5. L. 12. 15. §. 24..27. D. h. t. — Кад су више њих у исти мах упућени у државину, онда они постају сопственици на равне делове, L. 5. §. 1. L. 15. §. 17. 18. L. 40. §. 4. eod. — По данашњој пракси у место упућивања у државину наређује сеично, да се склоност паду (Baufälligkeit), „по званичној дужности отклони и трошкови око тога екзекутивним путем (executive) наплате од оног који има ствар или у колико он то не би био у стању, да се кућа quanti plurimi (ономе ко да више) прода, а купцу нареди, да изврши оправку која је нужна“. Bayer. Landr. IV. 16. §. 10. 3tio.

7 L. 9. pr. D. h. t. Hoc amplius Julianus (ait) posse dici, compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret; quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur... Denique... si quis propter angustias temporis aut quia reipublicae causa aberat, non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat: sententiam Juliani utilitas comprobat. Windscheid §. 458. № 1. в. §. 460. Безусловно су за то начело utilitas-a новија законодавства и.пр. Code Nap. art. 1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Bayer. Entw. II. чл. 950. в. §. 327. прим. 1. на крају.

7^a Тужба није управљена само на тражење општете, већ на тражење општете или уступање куће, јер тужилац не може више тражити по што би могао тражити re integra. Само се у том случају може тражити просто накнада штете, кад тужени неће ни да даде сигурности ни да трпи missio. Brinz стр. 675. — Што су данас напуштене кауције и имисије, а на њихово место дошла непосредна дозвола тражења накнаде штете, то је последица промењеног правног схватања тих ствари; lex Rubria није томе ништа крив. Другог је мињења Brinz стр. 684. и д. В. још Westrum у Bödicker's Mag. IV. стр. 23 и д.

С. Противправно кварење (Störung) постојећих стања (thatsächlicher Zustände).

§. 329.

1). Interdictum quod vi aut clam.¹

Ако је неко, силом или кришом, vi aut clam¹, на каквом земљишту (Grundstück), на штету неког другог,^{1a} извршио какву промену,^{1b} opus in solo factum^b, онда тај други има interdictum quod vi aut clam, којим може од оног тражити васпостављање пређашњег стања и потпуну накнаду штете^c. Против његовог наследника може се подићи овај интердикат само у толико у ко-

^a Dig. quod vi aut clam. 43. 24. ^b L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 8..10. L. 8. 11. §. 3. L. 20. §. 4. 5. D. h. t. ^c L. 1. §. 1. L. 15. §. 7..12. eod.

лико је добио од истога^d, а од осталих држалаца може се тиме тражити само дозвола, да допусте да тужилац васпостави прећашње стање^e. Као насиљна промена сматра се свака она промена, која је извршена у знању противно забрани (*prohibitio*), исказаној речима или дедом, од стране оног или његовог заступника, који тврди, да се тиме вређа какав његов правни интерес^f. Као промена кришом сматра се она промена, чије је извршење скривено од онога, од кога би се могла очекивати забрана^g. Туженоме не помаже позивање на то, да има право на такво мењање.^h Против овог интердикта има места приговору (ексцепцији): 1) кад тужени на забрану изјави, да је вољан да о своме праву спор поведе и по томе дâ кауцију; 2) кад је тужени овлашћен на предузимање промене судском пресудом^k, или иначе каквом наредбом власти^l; 3) кад је промена у отклањању нечег што је сам тужилац силом или кришом извршио^{m,s}; 4) кад је забрана опозванаⁿ, изрично или прећутно и 5) кад је од последње предузете радње протекла година^o.

Прим. 1. B. G. Hasse у Rh. Mus. IV. 1. Francke у civ. Arch. XXII. 14. Schmidt у Linde's Zeitschr. н. р. Schäffer у prakt. Arch. I. I. II. 2. Fr. Zimmermann у civ. Arch. XXXVII. 9. стр. 230 и д. XLI. 7. LII. 20. Hesse Rtsvh. zwischen Grundstücks-nachbarn I. стр. 256 и д. II. стр. 62 и д. 2. изд. стр. 423 . . 449. Stölzel d. L. v. d. op. novi nunt. interd. quod vi aut clam. 1865. Stölzel d. L. v. d. op. novi nunt. interd. quod vi aut clam. 1865. уз то Ad. Schmidt у krit. Vjschr. VII. стр. 289 и д. Baron тамо стр. 483 и д. и Warnkönig у Schletter's Jahrb. XI. стр. 193 и д. стр. 483 и д. и Karlowa z. L. v. d. op. novi nunt. und dem int. q. v. a. cl. у његовим Beitr. z. Gesch. des R. Civilrozesses (1865.) стр. 59 . . 100. Duhn über die exceptio quod vi aut clam, у civ. Arch. XLVIII. 3. Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen.. oder das int. quod vi aut clam u. d. op. novi nunt. 1866. (Schletter's Jahrb. XIII. стр. 95 и д. Stölzel у d. dogmat. Jahrb. VIII. стр. 135 и д.

d L. 15. §. 3. cod. (§. 104. прим. 2.). e L. 7. pr. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. 15. pr. . . §. 2. cod. L. 16. §. 2. cod. f L. 1. §. 5 . . 11. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 20. pr. §. 1. cod. g L. 3. §. 7. 8. L. 4. 5. pr. §. 1 . . 6. cod. h L. 1. §. 2. cod. i L. 3. §. 5. cod. k L. 7. §. 2. cod. l L. 7. §. 4. cod. m L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. cod. n L. 1. §. 9. L. 3. §. 2. 3. L. 20. §. 2. cod. o L. 15. §. 3 . . 6. cod.

Windscheid §. 465. Vangerow §. 677., и у новије доба опет Schmidt у Ztschr. für Rechtsgesch. VII. стр. 25 и д. Brinz 2. изд. I. §. 174. II. §. 343. Wächter II. §. 146. стр. 196 и д. Wendt у dogm. Jahrb. XXI. стр. 136 и д. В. и Jhering dogm. Jahrb. XXIII. стр. 232 и д.

¹a Brinz I. стр. 692 и д. истиче „да се овде не мисли само на радње, код којих прети штета, већ и на радње, дела, које су непосредно шкодљиве. Дакле, не само радње, које се могу забранити за то што су опасне, а које се морају трпити када се дâ кауција, већ и оне радње, које се могу сасвим забранити због њихове безусловне шкодљивости“. Даље, овде спадају не само такве, којима се ствари штете, већ и такве којима се права креће н.пр. сопственост, службености итд. Према томе забрана може настуپити због опасности (*gefährshalber*), због шкодљивости (*schadenshalber*) и због права (*rechtshalber*), стр. 695. То разликовање забрана Brinz употребљава како при решавању питања, против којих се радња може тражити таква забрана, као и при решавању питања, коме припада право забране и шта му је смеш.

¹b B. Brinz н. н. м. прим. 4 . . 7.

² L. 20. pr. D. h. t Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui quominus prohibeatur consecutus est, periculum puta adversario denunciando, aut ianua puta paeclusa. §. 1. Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est, vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia. Cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 59. 1. „vel per praetorem vel per manum, id est, lapilli ictum (iactum?) prohibere“. Schmidt у Linde's Ztschr. н. н. р. стр. 359 и д. Stölzel стр. 345 и д. Vangerow стр. 543. Voigt die XII. Tafeln I. стр. 191. прим. 17. II. §. 148. прим. 15. и II. стр. 630 и д. Windscheid н. н. м. прим. 18. на kraju мисли да су речи „id est, lapilli ictum“ у L. 5. §. 10. cit. гласа која се односи само на int. uti poss. („per praetorem“) и самоодбрану („per manum“).

³ Другог је мњења, за случај да in suo aliquid fecit, Francke н. н. м., на основу L. 5. §. 10. D. cit., Wendt н. н. м. стр. 120 и д. Против тога L. 6. §. 1. cit. Schmidt у Linde's Ztschr. стр. 353 и д. Против овога опет опширно, бранећи у главноме мњење Франкеово, Stölzel у њег. Abh. стр. 379. и д. 404. и д., нарочито стр. 415 и д. 478 и д. Windscheid §. 465. прим. 6. и д. прим. 18., где су оцењена како мњења оних који су за то, тако и оних који су против тога. Према томе мњењу, онај који је тужен ea int. q. v. a. cl. може у опште од тужиоца тражити, да докаже

постојање таквог правног односа, по коме има права да оспорава радњу, а туженом се не дозвољава позивање на неко противно право. Као доказ за то наводи се нарочито L. 7. §. 2. D. h. t. L. 21. D. de aq. pluv. 39. 3., а Windscheid користи се и са L. 3. §. 8. D. de riv. 43. 21. Но в. против тога Vangerow 7. изд. III. стр. 546 и д. и нарочито Schmidt у Ztschr. für Rts gesch. н. н. м. Brinz стр. 697 и д.: Ако је забрана учињена ради права (*rechts-halber*) — *iuris conservandi gratia*, — то је довољно констатовање, да је у државини (Besitzstand) слободне сопствености (Eigenthums-freiheit) или службености, а ако је због опасности или шкодљивости, да је довољан доказ легитимације (Legitationsbeweis), за тражење исте. Стр. 699.: „Против овог права које је постало са насиља (Recht aus der Gewalt) нема места приговору туженог на основу неког његовог права“; насиље је ту већ у томе, што се није водио рачун о постојећем стању државине, ма да је забрана постојала. Од забране, којој нема места, може се држалаш заштитити са тужбама за заштиту државине (§. 171. 172. 192.), а може се по-дићи и тужба за инјурију (Injurienklage) § 339. — У осталом, има писаца који мисле, да овај интердикт нема практичне вредности Schmidt у Linde's Ztschr. стр. 382 и д. Sintenis §. 124. прим. 58. Hesse Einspruchsrecht стр. 87 и д. В. против тога Zimmermann у civ. Arch. XXXVII. стр. 237 и д. XLI. стр. 189 и д. Hallwachs у prakt. Arch. VI. 10. Stölzel н. н. м. стр. 556 и д. и сад самог Schmidt-a у d. Ztschr. f. Rts gesch. VIII. стр. 49. Seuffert's Arch. V. 25. 258. VII. 45. VIII. 51. IX. 292. XII. 160. XV. 28. XVII. 245. против XVI. 223. Prakt. Arch. II. стр. 479. III. стр. 142. IV. стр. 336. н. р. I. стр. 221. 310 и д. VI. стр. 299. и д. В. и Хес. прој. IV. 2. чл. 673. „Ко насиљно или кришом извршеном променом на некој непокретној ствари неком другом нанесе какву штету, дужан је да то поправи... и штету накнади. — Промена је онда насиљна, кад је извршена на туђем добру противно забрани оштећеног или на свом добру противно забрани неког трећег, који на то има права“ итд. В. уз то Мотиве стр. 260. и д. Против Vangerowa-а сад Dernburg Pand. I. §. 324. прим. 20. 21.

4 Против тога се изјаснило сад Schmidt у Zeitschr. f. R. Gesch. VIII. стр. 48 и д. — в. Schletter's Jahrb. XIV. стр. 2 и д.

5 О L-у 22. §. 2. h. t. (прим. m.) в. Jhering у dogm. Jahrb. XV. стр. 407 и д., који вели, да се то место тиче радње изнајмиоца према најмиоцу.

6 О томе је посигурно било говора већ у главној тачци Едикта, коју саопштава L. 1. pr. D. h. t. Ту се вели: Praetor ait: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiundi

potestas est, restituas. Али то је, ван сваке сумње, погрешка. Stölzel н. н. м. стр. 355 и д. и у d. Ztschr. f. Rts gesch. V. стр. 475 и д. мисли да је овде id погрешно стављено на место ia, т.ј. *intra annum*; Ad. Schmidt, на против, (Interd. Vf. стр. 102 и д. и у hrit. Vjschr. VII. стр. 289. и д. прим. *) мисли, да је после id испало: *si non plus quam annus est.* В. Vangerow стр. 545. Mommsen Dig. II. p. 602. not. 6.

§. 330.

2). Operis novi nuntiatio^a.

Ако је на неквом земљишту учињена промена у томе, што је каква грађевина подигнута или што је каква промена на истој извршена, *opus novum in solo factum* или *solo coniunctum*^b, па би отуда за исто земљиште или које друго, могла наступити каква штета^c, непосредно или повредом права која му припадају, онда се може са *operis novi nuntiatio*^d т.ј. изричном забраном^e, против отпочетог посла, издејствовати, да се са послом привремено стане^f. Ако дотични са послом не би стао, онда се може са *interdictum de opere restituendo* (или тзв. interd. demolitorium) тражити, да се поврати стање, које је било у време нунцијације,^g без обзира на то, да ли је дотични имао право на предузимање посла. Васпостављање пређашњег стања бива о трошку оног, који би намерно ишао против тога, против његових наследника у колико су наследили, а против осталних држалаца о трошку тужиочевом^h.

Право на такву забрану има сопственик земљишта, коме прети опасностⁱ, али не и сопственици међу собом^j. Даље имају то право суперфицијар^k и емфитевта,^l за-

a Dig. de operis novi nuntiatione. 39. 1. b. L. 1. §. 11..14. D. h. t. c L. 1. §. 16..20. L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 6. 8. 9. L. 8. pr. L. 9. eod. cf. L. 14. eod. L. un. § 3..5. D. de remission. 43. 25. d L. 1. §. 2..5. L. 5. §. 2..5. L. 10. 11. D. h. t. e L. 1. pr. §. 7. eod. f L. 20. §. 3. 4. eod. g L. 20. pr. §. 4..8. L. 22. 23. eod. cf. L. 8. §. 7. eod. L. 3. §. 3. D. de alienat. iud. mut. c. 6. 7. (в. §. 104. прим. 2.). h L. 1. §. 19. D. h. t. L. un. §. 3. D. de remission. 43. 25. i L. 3. §. 1. 2. D. h. t. k L. 3. §. 3. eod.

ложни поверилац¹, плодоуживалац, али само procuratorio nomine, дакле не и против сопственика². Забрана се може учинити и преко заступника, за оног који иначе има права³. Но онај који тражи забрану, нунцијант (пријавилац), мора одмах своје право на забрану тужбом правдати⁴, и на захтев положити заклетву, да му од предузетог посла прети опасност⁵, а кад излази као заступник онда мора положити и cautio pro rato⁶. Ако то не буде, судија ништи нунцијацију (ремитира)⁷. Разуме се по себи, да то исто наступа, и онда и забрана престаје, ако се дефинитивно реши, да нунцијант (пријавилац) нема права забране.⁸ Ако би спор трајао више од три месеца, то се ономе коме је забрањен посао, нунцијату (пријављенику), дозвољава продужење грађења, ако дâ јемство, да ће, у случају ако изгуби спор, повратити прећашње стање о свом трошку⁹, (тзв. cautio de demoliendo).¹⁰ У том случају има нарочити прохибиторни интердикат „ne vis fiat aedificanti“,¹¹ који га штити против узнемирања у грађењу. У осталом нунцијација губи њено дејство и са смрћу нунцијанта (пријавника)¹², или отуђењем земљишта ради кога је учињена нунцијација (пријава)¹³, и на послетку по споразуму¹⁴. Без дејства је, још у почетку, у случајима, где би обустава у грађењу била противна општем добру¹⁵.

Прим. 1. В. у опште G. Hasse у Rh. Mus. III. стр. 579.. 630. Heimbach у Rtslex. VII. стр. 580 и д. Schmidt (von Ilmenau) у Linde's Ztschr. n. p. VIII. 2., уз то Rudorff у Bekker's Jahrb. IV. 3. и спет Schmidt тамо IV. 7., за тим Zimmerman у civ. Arch. XXXVII. 9. стр. и д. В. осталу књижев. у §. 329. прим. 1. и осим тога Hesse Rechtsv. zw. Grundstücksnachb. II. стр. 79 и д. 2. изд. стр. 352.. 422. Windscheid §. 466. Vangerow §. 676.

1 L. 9. eod. cf. L. un. cit. §. 5. m L. un. cit. §. 4. L. 1. §. 20. L. 2. D. h. t. n L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. L. 7. §. 1. eod. o L. 14. Cod. de aedif. priv. 8. 10. (L. un. Cod. de novi operis nuntiatione. 8. 11.) cf. L. 1. §. 9. D. h. t. p L. 5. §. 14. eod. q L. 5. §. 18. 20. L. 13. pr. eod. r L. un. Dig. de remissionibus. 43. 25. s L. 14. (un.) Cod. 8. 10. (11.) cf. L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 13. §. 1. L. 20. §. 1. 4. L. 21. D. h. t. — cap. 3. 4. X. de op. n. n. 5. 32. t L. 20. §. 9.. 16. eod. u L. 8. §. 6. eod. v L. 1. §. 10. eod. w L. 5. §. 11.. 13. D. h. t.

7. изд. стр. 528 и д. Burckhard die operis novi nuntiatio, у продолжењу Гликова коментара књ. 39. св. 1. 1871. (о томе Brinz kr. Vjschr. XVII. стр. 244 и д.) Heinzerling у civ. Arch. LIII. 7. Brinz 2. изд. I. §. 175. II. §. 343. Wächter II. §. 146. стр. 192 и д. Wendt dogm. Jahrb. XXI. стр. 127 и д.

2 L. 10. D. h. t. Op. n. nuntiatio in rem fit, non in personam: L. 5. §. 2. 3. ibid. „in re praesenti... non utique domino... sic ut domino possit renuntiari“. О акту нунцијације (пријаве) у опште: Burckhard стр. 31.. 52. — О тачном означењу предмета на који се односи забрана: L. 5. §. 15. 16. L. 8. §. 1. 5. D. h. t. — О нунцијацији као вансудском акту, тзв privata o. n. n.: L. 1. §. 2. eod. Да ли има значаја и данас? За то Burckhard № 82. 83. Windscheid §. 466. прим. 20. Против тога многи код Буркхарда наведени писци и у новије доба Brinz: „по нашој пракси забрана која је код суда удејствовала“. В. доле прим. 8. Како је са publica o. n. n.? L. 16. eod., per praetorem? L. 3. §. 1. L. 5. §. 10. eod. в. прим 5. Burckhard стр. 49 и д.; praetori? L. 5. §. 7. eod. в. Vangerow стр. 532. Burckhard стр. 31 и д. — Verbalis o. n. n. противности према realis o. n. n.? Heimbach стр. 606. Burckhard стр. 6 и д. 41 и д. 582 и д.

3 L. 20. pr. D. h. t. Praetor ait: quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas. — Да ли је тужилац дужан, да докаже своје право на нунцијацију (пријаву)? Windscheid прим. 13., против тога Vangerow стр. 536. Burckhard № 40.

3^a По мињењу које данас влада мисли се, да је op. n. n. установа, која је првобитно уведена не толико за заштиту сопствености колико за заштиту службености. Са том се установом бранила прво прохибитивна службеност а тек доцније и сопственост од службености, дакле паралелно a. confessoria и negator. Само на основу сопствености није могло бити op. n. n. „Rei vindicatio није никакав основ за op. n. n.“ „Немогуће је op. n. n. од стране сопственика који не држи ствар према ономе који има државину“. Brinz XVII. стр. 261 и у опште стр. 258 и д. против Burckhard-a № 18. и даље Brinz Pand. 2. изд. I. стр. 702 и д.

4 Против тога Heimbach стр. 582 и д. 588, јер нунцијацији (пријави) има места само код зграде која је у опасности. Али баш да би то било тако, опет у томе не лежи никакав разлог против тога, в. §. 196. прим. 2., а осим тога није ни тако као што он

вени. Ту би се могло још само то тврдити са основом, да нунцијација (пријава) не служи томе, да се њоме одбијају ограничења и штете које могу наступити од servitutes praed. rust. L. 14. D. h. t. Vangerow н. н. м. I. 2а. Hesse у dogmat. Jahrb. VIII. стр. 77 и д. Windscheid §. 466. прим. 4. 5.

5 О претпоставкама и дејствима ремисије (одбацивања пријаве) у опште Burckhard §. 1673. 1673 а, в. и № 42. 43.; о кауцији: §. 1673 б. 1673 с. В. Brinz стр. 704 и д. L. un. pr. D. de remission. 43. 25. Ait praetor: Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio. Биће да имају право Schmidt н. н. м. VIII. стр. 43 и д. и Rudorff стр. 140, да је то била формула, у којој је претор порицао ремисију, задржавајући право решавања о постојању ius prohibendi нунцијанта. Али се не може узети, да нунцијант може по својој вољи развлачити са тужбом, ако не би нунцијант кауцију положио, а да се тиме не изложи опасности ремисије. Сигурно је, шта више, само то, да је дозвола привременог продужења грађевине зависила од сатисдације нунцијата, када би овај изашао пред претора (L. 1. §. 9. h. t.) са нунцијантом, који је био вољан, да своје право оствари (в. Hasse стр. 615 и д.). По Јустинијанову L. 14. (un.) Cod. 8. 10. (11.) спор о праву морао се повести одмах после нунцијације, јер се морао у року од три месеца, по могућности, евршити. Schmidt истина хоће да у Bekker's Jahrb. IV. стр. 222 и д. да други значај том L. 14. (un.) cit. и да га схвати тако, да се односи на случај, кад нунцијат подигне тужбу, којом тражи признање његовог ius aedificandi, у место да дà кауцију, али такво схваташе не одговара ни облику ни садржини поменутог закона. О разним мњењима в. Vangerow стр. 539. Windscheid прим. 9. 15. Brinz стр. 706. — Са горе поменутим дејством нунцијације (пријаве) стоји у вези став: In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus: L. 1. §. 6. D. h. t. в. Basilic. LVIII. 10. §. 6. (edit. Heimb. vol. V. pag. 205): 'Ο παραγγέλλων γίγεται ἐγάγων. cf. L. 7. §. 2. D. quod vi 43. 24. С тога се нунцијација не може препоручити у сваком случају, јер се по постигнутој ремисији (или оном, што јој се равна) оно што је већ било не може сматрати као vi factum: L. 5. §. 10. D. h. t. Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedicare vel in nostrum immittere vel proiicere velit, melius esse, eum per praetorem (т.ј. interdicto uti possidetis, §. 171. прим. 2. §. 192. прим. 4.) vel per manum, id est lapilli iactum (Vulg. iactum) (§. 329. прим. 2.), prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum o. n. nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in

suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc o. n. denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Hasse у Rhein. Mus. IV. стр. 42 и д. Schmidt у Linde's Ztschr. н. р. I. стр. 371 и д. Vangerow стр. 540 и д. Windscheid прим. 9. Burckhard № 33. стр. 173 и д. Brinz стр. 702.

6 Тромесечни рок поставио је Јустинијан: L. 14. (un.) Cod. 8. 10. (41.), а признат је у cap. 4. X. h. t. 5. 32. Разна објашњења тога: Hasse у Rh. M. III. стр. 617 и д. Heimbach стр. 598. Vangerow стр. 539 и д. Schmidt у Bekker's Jahrb. IV. стр. 222. Windscheid прим. 15. — Ограничавање кауције на извесно време: L. 13. §. 1. D. h. t. — Понуда давања кауције, кад није примљена, сматра се као само давање. L. 20. §. 5. D. h. t. — О облику стипулације (stipulatio) ex o. n. nuntiatione в. Rudorff н. н. м. стр. 143. и д. Schmidt тамо стр. 215. и д. Ubbelohde у Linde's Ztschr. н. р. XVIII. 5. и д. Lehre v. d. untheilb. Obl. стр. 99 и д. — Ако је нунцијација учиљена damni depellendi а не iuris conservandi causa (not. c), онда ваља дати cautio damni infecti. L. 1. §. 16. 17. D. h. t. О тројаком циљу римске нунцијације (damni depell., iuris conserv., publ. iur. tuendi gratia — в. прим. 9. в. Burckhard стр. 52. и д.

7 L. 20. §. 9. h. t. Deinde ait praetor: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quominus satisdetur, quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.

8 О данашњој применљивости римских начела о нунцијацији, а коју споре Sintenis §. 124. прим. 59 Stölzel стр. 353 и д. 525 и д. 550., в. Seuffert's Arch. III. 58. 174. V. 28. VII. 44. 45. IX. 161. XIV. 139. XV. 226. XVIII. 139. XIX. 234. Schäffer у prakt. Arch. I. св. 1. стр. 20 и д. Windscheid прим. 20. Burckhard стр. 573 и д. Уобичајено је, и ако то није искључиво обично право, да се изиште судска забрана (инхибиторијум), чије саопштење (инсинуација) има дејство нунцијације. В. прим. 2. Seuffert §. 420. в. Zimmermann н. н. м. стр. 220 и д. За Немачку, између осталих, сведочи Карпцов (Resp. iur. elector. Lips. 1670. T. I. resp. 6. nr. 6.) у 17. веку: „Ut plurimum per praetorem sive iudicis iussu et auctoritate novum hodie opus nuntiari, probat observantia“, а за Француску Кижас (ad Afric. tract. IX. ad. leg. 15. h. t. ed. Neap. tom. I. col. 1517.) у 16. веку: „hodie moribus

Galliae... nuntiatio novi operis fit sine speciali iussu iudicis^a. Види Stölzel стр. 533 и д.

9 По римском праву могао је сваки грађанин opus novum pinniare и publici iuris tuendi gratia, и ако онај који га подиже не би хтео одустати могао га је нагннати на репромисију (тзв. вербалну кауцију) de opere restituendo. L. 1. §. 14. 16.. 18. L. 3. §. 4. L. 20. §. 13 D. h. t. То је данас без практичног значаја. Stölzel стр. 554 и д. в. 332. прим. 2.

§. 331.

3) Aquae pluviae arcendae actio^b.*

Та се тужба даје у случају, кад каквом пољском добру^b прети опасност^c, од кишнице саме или са изворском водом^d, а услед какве направе^e (opus manu factum) на каквом приватном земљишту^f, којом се мења ток воде^g. Има права на ту тужбу сопственик земљишта коме прети опасност^h, тако исто емфитевтаⁱ, utiliter и плодоуживаца^k, против^l сопственика или емфитевског држаоца добра од кога прети опасност^l, utiliter и против плодоуживаоца^m, а према сасопственику pro rata parteⁿ. Aquae pluviae arcendae actio управљена је на власнистављање прећашњег тока воде о трошку туженог или тужиоца^o, према томе, да ли је тужени творац штетне направе или не, а може се са истом у исто доба тражити и накнада штете, која је стварно наступила од почетка спора^p. Но тужени је осигуран према тужби, ако је направа, која је у питању, с правом подигнута,^s на основу какве службености^q, или на основу изричног

a Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae. 39. 3. в. §. 131. прим. под 8.
b L. 1. §. 4.. 9. 15. D. h. t. c L. 3. §. 3. L. 18. pr. eod. cf. L. 4. pr. eod.
d L. 4. §. 1. 8. 14. 15. L. 2. §. 5. 6. L. 11. §. 6. eod. e L. 4. pr. §. 15
eod. cf. L. 4. §. 23. L. 3. pr. §. 1. eod. f L. 1. §. 17. eod. cf. L. 23. §. 1.
L. 25. eod. g L. 1. pr. §. 1. 2. L. 14. §. 2. L. 24. §. 2. eod. cf. L. 1. §. 21.
L. 2. §. 9. eod. h L. 6. §. 4. cf. L. 11. §. 4. eod. i L. 23. §. 1. eod.
k L. 22. pr. cf. L. 3. §. 4. eod. l L. 4. pr. §. 2. L. 5. L. 23. §. 1. eod. cf.
L. 18. pr. eod. m L. 22. §. 2. eod. n L. 11. §. 2. eod. o L. 5. 6.
§. 6. 7. L. 7. §. 1. L. 11. §. 2. 3. L. 12. 22. §. 1. eod. p L. 6. §. 6. L. 11.
§. 3. eod. q L. 1. in f. eod.

или прећутног одобрења^r, или на основу наредбе власти. Постојање садањег стања од незапамћених времена замењује доказ постојања ког од поменутих основа^s. На против, овој тужби има места као utilis actio и онда, кад услед какве, по себи оправдане направе, коју неко има на свом или туђем земљишту, због случајних околности, наступи каква штетна измена тока воде^t.

Прим. * В. у опште Schneider у Linde's Zeitschr. V. 22. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. стр. 91.. 204. (о томе von der Pfordten у krit. Jahrb. VII. стр. 581 и д.). Elvers über das Recht des Wasserlaufes, у Themis и. р. I. 13. стр. 497 и д. Schäffer у prakt. Arch. II. стр. 16 и д. Hesse Rechtsvh. zwischen Grundstücks-Nachbarn I. стр. 184 и д. 2 изд. стр. 155.. 233. и у dogmat. Jahrb. VII. 5. Bekker у Jahrb. V. стр. 176 и д. Windscheid §. 473. и сад нарочито Brinz 2. изд. I. §. 173. и Burckhard продолж. Глик. ком. књ. 39. и 40. III. св. (1881.) В. и Lessing de act. a. pluv. arc. Berl. 1880. Wächter II. стр. 10 и д. Voigt die XII. Tafeln II. стр. 612. и д. Seuffert's Arch. I. 68. IV. 96. V. 141. VII. 46. 47. X. 169. 259. XIII. 252. XVI. 116. XVII. 48. XX. 228., гарочито о деоби тражбина међу сасопственицима: Ubbelohde untheilb. Obl. стр. 196.. 203. Burckhard стр. 526 и д.

1 О претпоставкама aquae pl. arc. a.: Brinz стр. 685 и д. Burckhard стр. 131.. 297., и стр. 39. и д. Нарочито о појму opus-a manu factum-a стр. 187 и д. »Вода, која се слива са кишницом, може бити стајана или текућа, баре, плићаци (Teiche), језера изворна или речна вода«, стр. 145. У колико у начелима која се односе на ову тужбу има ограничења сопствености, види стр. 65 и д. — У осталом tit. Dig. 39. 3. говори не само о овом правном среству, већ и по самом заглављу (рубруму) о »довођењу и одвођењу воде«, »о користи и штети од воде«, али је »набављање потребне воде правило (у Италији) мање тешкоће, него одвођење непотребне, отклањање воде која се не жели... нарочито у једној земљи, где се у пролетним и јесенњим месецима изливала киша у изненадним и јаким пљусцима, да као плаовита река поплави поља и напуни реке«. Burckhard стр. 36.. 42.

2 Brinz стр. 689 и д. Burckhard стр. 391 и д. О случају кад има више лица са активне (или пасивне) стране: Brinz стр. 690. Burckhard стр. 492 и д.

r L. 19. 20. eod. s L. 1. §. 23. L. 2. §. 3. L. 23. pr. §. 2. eod.
t L. 2. §. 5.. 7. D. h. t

3 Brinz стр. 687 и д. Burckhard стр. 406 и д.

4 Brinz стр. 687, 690 и д.: aquae pl. a. a. може се употребити као и *damni infecti postulatio*, само против будуће штете, али у противности према овој, може се употребити тек пошто је направа подигнута, али за то опет није управљена само на давање кауције већ на реституцију.... С тим се неће да каже то, да се мора пустити да се подигне направа, која је због кишне која може пасти опасна, па да се за тим поруши. Прохибиција са *inter. quod vi aut clam* је срећство, да се таквом направи одмах у зачетку стане на пут. Против тврђења Бринцовог, стр. 689., да је код овог правног срећства говор о праву принуде (*Zwangrecht*) сопственика коме прети опасност према сопственику (од кога прети опасност), а не о неком тражбеном праву, в. Burckhard стр. 566 и д.

5 Burckhard стр. 174 и д. нарочито 298 и д.

6 Burckhard стр. 571 и д., који узима да под првобитну тужбу потпадају неколико случајева, које мњење које данас влада, увршћује у случајеве код којих наступа само *utilis actio*.

§. 332.

4). Интердикти за заштиту у употреби јавних ствари.

И посесорни интердикти (§. 171. до 173. 192.) могу се ставити под гледиште противправног рушења постојећих стања. Осим тога овде долази низ интердиката, којим се штити употреба јавних ствари од самовоље појединача.¹ По данашњем праву, данас се, по правилу, томе доскаче, предузимањем нужних мера од стране власти, по приватној достави.²

Прим. 1. Поједини случајеви, који овде спадају, означени су насловима ових глава у Пандектама: *ne quid in loco sacro fiat*. 43. 6.; *de locis et itineribus publicis*, и *ne quid in loco publico vel itinere fiat*. 43. 7. и 8.; *de via publica et si quid in ea factum esse dicatur*. 43. 10.; *de via publica et itinere publico reficiendo*. 43. 11.; *de fluminibus*, *ne quid in flumine publico ripave eius fiat*, quo peius navigetur. 43. 12.; *ne quid in filumine publico fiat*, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit 43. 13.; *ut in flumine publico navigare liceat*. 43. 14.; *de ripa munienda*. 43. 15. Уз то још L. 1. §. 15. 16. L. 2. D. *de cloacis*. 43. 23. (§. 192. прим. 3.). В. Puchta §. 35a. Windscheid §. 467.

2 Puchta н. н. м. признаје истину да је званично предузимање мера обичан пут, којим се данас отклањају повреде јавних ствари, али опет за то примећује: „римско право отвара још један други пут, парнични поступак, по тужби против оног који чини повреду и то по тужби, која сваком грађанину припада као заступнику (популарна (народска) тужба) или која у првом реду припада ономе који је тиме повређен. Тим тужбама, нарочито овој последњој, има места и данас, где нису излишне, услед увек спремне и у сваком случају довољне званичне радње“. С обзиром на то мњење депавало се и у најновије доба, да су се признавали као практично примењиви интердикти „*ne quid in loco vel itinere publico fiat*“ и „*ne quid in flumine publico fiat*“. Услед тога те је интердикте са успехом могло употребити оно приватно лице, које је фактички повређено каквом направом, која је подигнута без каквог нарочито стеченог права на то, а према ономе, који подигне такву направу, без обзира на то, да ли је то приватно лице или какво грађевинско надлештво (Baubehörde), само ако подизање њено није највишом државном влашћу одобрено и ако је штетно по дотичног. Seuffert's Arch. V. 27. 134. IX. 161. X. 167. 168. XIV. 38. XVII. 99. 224. 226. XVIII. 141. Schletter's Jahrb. XII. стр. 9 и д. № 9. 10. О питању, да ли се *interdictum ne quid in loco publico fiat* може употребити и против јавних грађевинских надлештава? B. Zimmermann у Linde's Ztschr. н. р. XII. стр. 96 и д. У опште нарочито је важна расправа од Bruns-a „*die römischen Popularklagen*“ у d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III. стр. 341.. 415, нарочито стр. 370 и д. 388 и д. 405 и д., у погледу њихове данашње применивости стр. 410.: „Интердикти се могу истину још употребити и код ствари које су *res publicae*, али само у толико, у колико служе за заштиту приватног интереса, дакле у колико нису популарне“. B. Klein. Schr. I. стр. 313 и д.

§. 333.

D). Сила и претња.

Сила извршена према каквом лицу или непосредно приређена, може бити узрок каквој имовној штети и према разлици случајева и разне тужбе засновати.¹ Међу таквим случајима особити је случај², кад је неко против-

a Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 19. (20.) (§. 61.).

правном претњом, дакле из страха нагнат на какву радњу (правну или само фактичку)^b, која је штетна по његово имање^c. Онај који је тако приморан има *actio quod metus causa*, према ономе који га је приморао, којом може тражити власностављање прећашњег стања и потпуну накнаду оног, што му је услед претрпљене принуде одузето^d. Ако има више таквих онда је тужба управљена против свију *in solidum*^e. Против наследника^f, управљена је само са ограничењем по § 104. прим. 2. Против трећег^g, може се подићи, ако је и у колико је нешто добио услед такве изнуђене правне радње, а на штету принуђеног^h. Тужби, која се оснива на таквој изнуђеној изменени правла стоји на супрот *exceptio metus*ⁱ.

Прим. 1. Овде долазе *vi bonorum raptorum actio*, §. 323. прим. 3. и *interdictum de vi*, §. 173. 192. В. и §. 94. 335. not. a. §. 339.

² L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. Olim ita edicebatur: quod vi metusve causa,...* sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quocunque vi atroci fit, id metu quoque fieri vide(a)tur. — О историји овог правног срећства: Rudorff über die Octavianische Formel, у Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XII. 3., у докматич. погледу: Schliemann d. L. vom Zwange стр. 29..52. (§. 61. прим. 1.) Brinz 2. изд. §. 342. — Тужба је *in rem scripta actio* (§. 97. прим. 6.) и *arbitraria* (§. 100. not m.), а по римском праву имала је ту још особину, која данас нема практичног значаја, да је неиспуњење судске наредбе о реституцији, повлачило за собом осуду на плаћање четвороструке вредности. (§. 98. not. d. §. 252. прим. 1e.).

З и „*metus causa exceptio in rem scripta est*“, L. 4. §. 33. D. h. t. 44. 4. Schliemann н. н. м. стр. 53 и д. Још даље иде по канонском праву приговор претрпљеног насиља, као *exceptio spolii* (§. 173. прим. 6.). По том праву тај приговор штити оног према коме је учинено насиље (сполијум) према свакој тужби оног који је насиље, и ако нема везе са актом насиља, па и према свакој

^b L. 4..9. pr. §. 3. D. h. t. ^c L. 12. §. 2. L. 14. pr. eod. cf. L. 9. §. 2. cod. ^d L. 14. §. 15.. L. 16. pr. eod. ^e L. 9. §. 7. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 14. §. 5. 11. eod. L. 38. §. 6. D. de usur. 22. 1. cf. L. 18. pr. D. de dolo malo. 4. 3. ^f L. 16. §. 2. L. 17..20. D. h. t. ^g L. 9. §. 1. 8. L. 14. §. 3. L. 18. eod. ^h L. 9. §. 3. eod. L. 4. §. 33. 34. D. de doli m. et met. except. 44. 4.

кривичној тужби његовој, све дотле док није извршена реституција, само ако би био у стању да докаже сполијум у року од 15. дана. can. 3. C. 3. qu. 1.; cap. 1. de restitutione spoliatorum. in 6to. 2. 5. cap. 2. 4. X. de ord. cognit. 2. 10. В. Bruns Recht des Besitzes §. 16 и д.

Е. Злонамер и превара.

§. 334.

1). *Doli actio*^a.

Ко другом, преваром^b или иначе каквом другом намерно штетном радњом^c, нанесе какву штету у имању, против тога оштећени, ако нема какво друго правно срећство које би му помогло^d, може подићи као субсидијарну тужбу *actio doli*, под претпоставком, да се и он сам не налази у долусу^e. Тужба је управљена против више њих *in solidum*^f, на потпуну накнаду штете^g, али после 2 године добија карактер *in factum acti-je*, и управљена је само на оно што је тужени од свога долуса као добит још задржао^h. Према наследницима дејствује само са ограничењем заказаним у §. 104. прим. 2ⁱ.

Прим. L. 1. §. 1. D. h. t. 4. 3. Verba autem edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur iudicium dabo.* — *Actio doli* била је по римском праву *famosa actio* (§. 31. прим. 1e.). С тога јој није било места код и сувише неизнатне штете (*usque ad duos aureos*), чити против оних лица, која се морају особито поштовати. У тим је случајима давата само *in factum actio* L. 9. §. 5.. L. 13. pr. D. h. t. То је данас (по §. 33.) без практичног значаја. Sintenis §. 124. прим. 9. Но безразложно је порпрати практичну вредност и одредбама у not. g. h. В. Windscheid §. 451. прим. 10. Pernice Labeo II. стр. 97 и д. 495 и д. Brinz 2. изд. §. 344.

^a Dig. de dolo malo. 4. 3. Cod. 2. 20. (21.). ^b L. 1. pr... §. 3. L. 7. §. 10. L. 8. 9. §. 1. 2. L. 20.. 24. D. h. t. (§. 62. прим. 8.). ^c L. 7. §. 6. L. 19. 34. 35. cod. L. 16. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. ^d L. 1. §. 1. 4.. 8. L. 2.. 7. L. 25. D. h. t. ^e L. 36. D. h. t. L. 154. D. de R. J. ^f L. 17. pr. eod. g. L. 18. pr. eod. ^g L. ult. Cod. h. t. L. 28. D. h. t. ^h L. 13. pr. L. 17. §. 1. L. 26.. 30. eod.

§. 335.

2). Злонамерно спречавање у тражењу правне помоћи.

Под ово гледиште долазе ови случајеви:

1) Ко некога намерно спречи да у заказаном року не предстане суду тај одговара оштећеном за интересе (мањак)^a;

2) Тако исто одговара и онај, који намерно ставља сметње нечијем увођењу у државину^b;

3) Ко какву ствар намерно прода у смеру и са дејством, да тиме неком другом отежа да до свога права дође или да га у томе оштети, тога оштећени може тужити са *actio in factum*, која је управљена на накнаду интересе (мањка)^c;

4) Томе је сличан случај, у коме наступа тзв. *actio Pauliana* §. 228.

Прим. Уз 3) в.: а) L. 8. §. 1. D. h. t. 4. 7. Ait praetor: *qua eve alienatio iudicii mutandi causa facta erit, id est, si futuri iudicii causa, non eius, quod iam sit v. §. 113. прим. 4. h.). L. 1. pr. eod. (Gai. lib. 4. ad edictum provinciale)... Proconsul... prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.* б) L. 4. §. 3. eod. *Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto dolus mali fiat mentio.* L. 8. §. 3. eod. *Sed heredem instituendo vel legando si quis alienet, huic edicto locus non erit.* L. 8. §. 5. L. 9. eod. *Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi causa abalienare... nisi si propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus alias.* в) L. 12. eod. *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdictur, ne communi divi-*

^a Dig. de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. 2. 10.
^b Dig. ne vis fiat cf. Dig. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. 2. 7.
^c Dig. de alienationi, qui in possessionem missus erit. 43. 4. (§. 93. not. m.).
^d Dig. de alienatione iudicii mutandi causa facta. 4. 7. Cod. 2. 54. (55.) L. 24. §. 1. D. comm. div. 10. 3.

dundo iudicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur. Is vero, qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio iudicij mutandi causa fiat. д) L. 4. §. 6. L. 5.. 7. eod. Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet: quare et heredi dabitur; in heredem autem, vel similem, vel post annum non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. (§. 104. прим. 2.). — О помоћи (субсидијерној) природи ове тужбе: Ubbelohde у Haimerl's Vierteljahrsschrift IV. 11. О сличном случају dedicati-je rei controversiosae у XII таб. в. Voigt die XII. Tafeln II. §. 135.

§. 336.

3). Calumnia.

Ако је неко примио нешто да против другог неког поведе бесправно спор (*ut negotium faceret calumniae causa*) или обратно, да од такве бесправне намере одустане (*ne calumniae causa negotium faceret*), онда онај коме отуда прети опасност има против њега *in factum actio*, којом може тражити четвороструку вредност оног што је примио, *post annum (utilem)* само онолико колико је примио^a, а према наследнику онолико колико је од тога добио^b. Кад је други случај онда онај који је дао нешто да дотични од своје бесправне намере оступи има још *condictio ob turpem causam* (§. 343.), која се, кад је онај који је дао истоветан са оним који је у опасности, поклапа са првом тужбом у погледу тражења једноструке вредности, те је по томе излишна кад истече година^c. По данашњем праву је *actio de calumnia*, као кажњавна тужба, у опште без практичног значаја. Још једино моћи ће се употребити као тужба, којом се тражи једнострука вредност у првом случају, у коме онај који је дао нешто нема права да то натраг тражи.

Прим. В. сад Lenel das ed. perpet. стр. 86 и д.

^a Dlg. de calumniatoribus. 3. 6. Cod. 9. 46. в. §. 104. прим. 1 с. ^b L. 5 pr. D. h. t. (§. 104. прим. 2.). ^c L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. h. t.

§. 337.

4). *Actio servi corrupti.*

По аналогији тужбе, која се даје господару каквог роба, против оног који га је покварио и на какво зло навео, а која се зове *actio servi corrupti*^a, даје се и оцу чију је децу неко покварио и на какво зло навео тужба (*utilis*), којом може тражити, да му се плати извесна сума, коју ће суд одредити^b. Та је тужба може бити још у толико примењива, у колико би се завођењем детета врећао какав имовни интерес очев.

§. 338.

F. Повреда особитих позивних дужности.

Под ово гледиште долазе:

1) одговорност судије за штету коју би нанео којој од страна^a, злонамером или грубом непажњом, у вршењу свог позива.¹ То исто вреди и у погледу ванпарничног поступка;²

2) одговорност земљомера³ за штету коју је неистоме, злонамерно или из грубе непажње, нанео неистинитом мером^b. По аналогији таква иста одговорност пада и на остале вештаке, који би неистинитим прорачунацијем или мером кога општили^c.

У оба случаја наступа *in factum actio*, али не и против наследника, у колико се он услед тога не би обогатио^d.

a Dig. de servo corrupto. II. 3. L. 20. Cod. de furtis et servo corrupto. 6. 2. b L. 14. §. 1. D. I. c.

a pr. J. de obl. quasi ex delicto. 4. 5. L. 5. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. L. 6. D. de extraord. cognit. 50. 13. L. 15. 16. D. de iud. 5. 1. L. 2. Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit. 7. 49. в. II. О. од 1532. гл. III. §. 17. Устр. царев. суда од 1555. део III. гл. 55. §. 6. 10. b Dig. si mensur falsum modum dixerit. 11. 6. с L. 5. §. 2. L. 6. 7. D. I. c. d L. 16. D. de iud. 5. 1. L. 3. §. 5. D. si mensur. 11. 6. (§. 104. прим. 2.).

Прим. 1. Римско право означава дејство непоштена судије са изразом: *Judex litem suam fecit*. В. Pernice Labeo II. стр. 291 и д. Тужба против њега назива се данас, па и у царев. законима, *actio ex syndicatu*, синдикатска тужба (*Syndicatsklage*). — Спорно је, да ли судија одговара само за *dolus* или и за сваку кулну и у којој мери? Sintenis §. 125. прим. 38. Вауег ord. Proc. 8. изд. стр. 275 и д. Windscheid §. 470. У опште: P. Usteri d. privatr. Verantw. d. Richters gegenüber d. Parteien (*Judex qui litem suam facit*). Zürich 1877. Völderndorff у prakt. Arch. н. р. XII. стр. 1 и д. Haffner die civilrechtliche Verantw. der Richter (*Syndicatsklage*). Freiburg. 1885.

2 В. Seuffert's Arch. II. 52. 53. V. 174. XIV. 140. XV. 208. XVII. 120. (одговорност чиновника за погрешке у бележничким и хипотекарним стварима), V. 287. (накнада због лажног званичног уверења). О другим случајима оштете нанете лицима у јавној служби, нарочито о одговорности државе, односно оног који има право суда, за њихове погрешке: в. тамо I. 166. II. 54. III. 326. 327. V. 135. 281. 287. 288. XVI. 113. XVII. 123. XX. 38. Seuffert's Pand. §. 425. В. још уз ову и претходну прим. Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 262. Löning d. Haftung des Staates aus rechtsw. Handlungen seiner Beamten. Festschr. zu Bluntschli's 50 jähr. Doctorjub. 1879. (о томе Juraschek у Wiener Ztschr. IX. стр. 131 и д.

3 О одговорности земљомера (*mensor*) в. Rudorff у Ztschr. für gesch. Rechtsw. X. стр. 422 и д. Pernice н. н. м. стр. 293 и д. Но данас је практични значај те особене тужбе, са важних разлога, оспорен и тврди се, да су данас за оцену тог односа просто меродавна правила која важе за *locatio conductio*. Sintenis §. 119. прим. 2.

§. 339.

G. Увреда личности. *Iniuria*^a.

Инјуријом¹ се зове у опште свако намерно извршено недело, које је по тежњи оног који га врши битно управљено против личности неког другог и потиче из непоштовања те његове личности^b. Због те тежње најразличитије повреде права^{1a} могу добити ка-

a Inst. de iniuriis. 4. 4. Dig. de iniuriis et famosis libellis. 47. 10. Cod. de iniuriis. 9. 35. b L. 1. pr. D. h. t. (§. 84. прим.) L. 3. §. 2. L. 44. eod.

рактер инјурије (увреде)⁶, и изазвати *actio iniuriarum* (ex generali edicto)⁷. Но у ужем смислу *iniuria* је не-дело којим се врећа част неког другог и у коме се исказује⁸ осећање презрења према истом,² било да се то осећање исказује радњама или само речима (писмено или усмено) или знацима^f. Таква се инјурија може на-нети и посредно,^{2a} кад је таква радња (недело) управ-љена против личности неког од својих (Angöherigen)^g. Но у свима случајима тражи се воља врећања, *animus iniuriandi*, па да постоји увреда^h. Казивање истине, само по себи, није инјурија, ако се дотични само на то ограничиоⁱ.

Увређени има право на кажњавну тужбу (*actio iniuriarum a estimatoria*), коју је дао претор^k, за го-дину дана^l, која је за собом повлачила инфамију^m и којом је могао тражити, да му се плати извесна сума, која се одређивала према величини увредеⁿ. На случај да је увреда нанета нападом на тело увређеног или насиљним упадањем у стан, дата му је такође приватноправна тужба (*perpetua?*^o): *actio ex lege Cornelia*^o. На тужиоцу је, који мора тачно да назначи увреду која му је нанета, да од-реди коју новчану казну тражи^p, а судија умерава ту казну према датим приликама^q. Данашње право, пре кривичног закона за немачку царевину, давало је увре-ђеном право да у место тражења новчане казне, према природи увреде, бира између тужбе којом тражи опо-зивање нанете му увреде (*actione recantatoria* или *ad palinodium*), тужбе којом тражи да увредилац моли за

c L. 11. §. 9. L. 13. §. 7. L. 15. pr. §. 33. L. 23. 24. D. h. t. L. 2. §. 9.
D. ne quid in loco publ. 43. s. L. 21. §. 7. D. de furt. 47. 2. L. 25. D. de act.
emti 19. 1. L. 1. §. 38. D. depos. 16. 3. d L. 15. §. 26. D. h. t. e L. 1.
pr. L. 15. §. 2. et sqq. eod. f §. 1. J. h. t. L. 1. §. 1. 2. 6. L. 5. pr. §. 1.
L. 15. §. 1. 15. 23. 27. 29. 33. L. 19. 20. D. h. t. g L. 1. §. 3. 9. L. 15.
§. 24. L. 18. §. 2. 5. eod. §. 2. 6. J. h. t. h L. 5. Cod. h. t. i L. 5.
cit. L. 18. pr. D. h. t. k §. 7. J. h. t. l §. 1. J. de perpet. et temp. a. 4. 12.
m L. 1. pr. D. de his qui infam. not. 3. 2. (§. 31. прим.). n §. 7. 9. J. h. t.
L. 15. §. 28. L. 21. D. h. t. o §. 8. J. h. t. L. 5. 37. §. 1. D. h. t. p L. 7.
D. eod. q §. 7. J. h. t.

опроштај (*actione ad depreciationem*) и тужбе којом тражи констатовање (изјаву) части (*actione ad decla-rationem honoris*).⁴ Кривични закон за немачку царевину у §. 185 и д. прешао је те тужбе са ћутањем и стиме се може узети, да их је и укину^r. По њему је „увреда“ преступ који се казни новчаном казном, мањим или већим затвором (Haft oder Gefängniss). Где је увреда (опадачка увреда, verleumderische Beleidigung) „повукла за собом штетне последице за имовне односе, зараду и живот увређеног“ може се поред казне одредити извесна сума као накнада штете (Busse), коју прима увређени, али која искључује тражење какве друге накнаде.^{4a}

Iniuriarum actio отпада, ако је увређени својим др-жањем показао, да увреду не прима срцу, кад је добио друго неко задовољење или се иначе поравнао са про-тивником^s. *Iniuriarum actio* не прелази ни на наследнике увређеног ни на наследнике увредиоца^t.

Прим. 1. В. у опште A. D. Weber über Injurien und Schmäh-schriften, 1793..1800. 4. изд. 1820., а посебице о публиковању поверљивих писама: Steinbach über Eigenthum an Briefen стр. 20 и д. Увреде се могу гонити и кривичним путем (§. 10. J. h. t. и новије законодавство нагиње томе, да их сасвим издвоји из области грађанског права. В. Walter у Neues Arch. des Criminal-rechts, IV. стр. 108 и д. 241 и д. Mittermaier у Rechtslex. V. стр. 863..904. В. сад врло поучну расправу Jhering-a под на-словом: Rechtsschutz gegen injur. Rechtsverletzungen, у dogm. Jahrb. XXIII. 6. стр. 155..338. (§. 195.). Landsberg Inuria und Beleidigung. Eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der a. iniur. a estim. Bonn. 1886. В. и Freudenstern System des Rechtes d. Ehrenkränkungen (о томе Rassow's Beiträge XXVIII. стр. 764).

1^a B. Keller Inst. §. 162. Voigt die XII. Tafeln. II. §. 129. 130.

2 L. 15. §. 25. D. h. t. Ait praetor: ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertis. §. 26. Hoc edictum supervacuum esse,

г Устр. царев. суда од 1555. део II. гл. 28. §. 4., Царев. завршница од 24. Септ. 1670. = Царев. опроштајници од 1670. s §. 12. J. h. t. L. 11. §. 1. L. 17. §. 6. D. h. t. t L. 13. pr. L. 28. D. h. t. (§. 104.).

Labeo ait: quippe cum ex generali (clausula) iniuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni et ita se habet, praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui. B. §. 2. ibid. Ait praetor: Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo (quod) adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo.

2^a Немачки кривични закон замисља под изразом „увређени“ лице које је непосредно увређено, али опет за то даје оцу и мужу право да траже казњавање кривца.

3 О томе Seitz у Linde's Ztschr. n. р. XIX. 6.

4 Keller Pand. §. 376. Sintenis II. §. 124. прим. 74.; види Wallenrodt у Ztschr. für Rechtsgesch. III. стр. 238..300. Код реалних инијурија може још придоћи тражење пакнаде за претрљене болове (Schmerzengeld) §. 324. прим. 6. У осталом iniuriarum actio је једина тужба која је управљена на тражење приватне казне, а која је све до последњег времена као неоспорна примењивана. Но и она је прво у појединим законодавствима а затим у најновије доба свуда (в. текст) укасњена тиме, што је утврђена назна јавног карактера, која се на захтев увређеног може изрећи против увредиоца, ради давања задовољења првом. Windscheid 4. из 1. §. 472. Stobbe Handb. III. §. 199. Mandry Reichsges. стр. 176 2. изд. стр. 252 и д.

4^a Wächter die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heut. gem. R. 1874. (о томе Sontag у krit. Vjschr. XVII. стр. 203. и д.). Mandry Reichsges. стр. 351. (2. изд. стр. 485) и д. Windscheid §. 326. прим. 11. §. 472 на kraju и прим. 7 а. 8. Weinrich Haftpflicht стр. 130 и д.

5 Као још један случај деликтне облигације због повреде личности, наводило се нарочито противправно затварање, лишавање слободе, слободног лица, због кога је дат interdictum de homine libero exhibendo (Dig. 43. 29. Cod. 8. 8.). Vangerow §. 702. в. Unterholzner Schuldverh. II. стр. 214. Ван сваке је сумње, да такво затварање даје поводе постанку iniuriarum actio за рачун затвореног (not. c. d.), а према приликама и тужбу за пакнаду штете (§. 334. 335. not. a.). Но поменути интердикат (који има карактер популарне (народске) тужбе, L. 3. §. 9. D. I. c.), не може се већ по Јустинијанову праву увротити у облигационо право, јер се не може предвидети, да ли је затварање имало и каквог имовноправног дејства по тужиоца. По старијем праву то имовноправно дејство посрёдовале су спонзије Gai. IV, §. 165. Данас је сасвим одсудно као приватноправна тужба без практичног значаја.

III. ОСТАЛИ МЕШОВИТИ СЛУЧАЈЕВИ ОБЛИГАЦИЈА.

А. Тужбе које су управљене на повраћај неосноване добити.

§. 340.

Постоји низ тужаба, којима је смештје повраћај извесне имовне добити, до које је противник дошао на рачун тужиоче имовине, а која према приликама које су јој послужиле као основ стицања, излази као неоправдана добит. Те се тужбе називају кондикцијама (Condictio ne).¹ Заједничка^{1a} претпоставка свију њих та је, да је извесна имовна промена наступила на законит начин. Та имовна промена мора бити таква: 1) да је једна страна (тужени) доиста тиме обогаћена и да се то што је она тиме добила има вратити тужбом. С тога им нема места у колико би се тицало само повраћаја неког предмета, који није прешао у имање противника, већ се још може тражити са стварном тужбом, као нешто што још не спада у његово имање;² 2) да то обогаћење долази из имања тужиочевог или на рачун његов; ³ 3) да нема основа којим би се могла оправдати та имовна промена. За обвезу враћања општи је основ неоснованост имовне добити, коју је постигао онај који је обвезан да је врати, било, да та неоснованост постоји одмах с почетка или је наступила тек услед какве доцније околности. Недостатак правног основа може бити у томе, што је стицање извесног имања, сада или за у будуће везано за извесну претпоставку (услов) која није наступила⁴ или у томе што је стицање основано на каквом противправном или неморалном основу или у томе, што у опште нема основа, који би оправдавао обогаћење. Према тој разлици дате су за разне случајеве и разне тужбе са тачније одређеном садржином и именом (§. 341..344.), а у колико то није случај дата је једна општа тужба, која је означена са општим изразом „condictio sine causa“ (§. 345.).

Прим. 1. О кондикцијама у опште в. нарочито Savigny V. стр. 503. 642. Puchta Inst. II. §. 165. 8. изд. I. стр. 489 и д. уз то Götz meditationes de condictionum doctrina spec. I. II. Lipsiae 1856. Baron Abh. aus dem Röm. Civilprocess I. Die Condictionen. 1881. о томе Pfersche у Wien. Ztschr. IX. стр. 633 и д. Buhl у krit. Vjschr. XXIV. стр. 224 и д. Bekker у Ztschr. f. Rechtsgeschichte. XVII. Rom. A. № 6. стр. 92. и д. В. и спис од Pfersche-a стр. 6 и д., који се наводи на крају ове примедбе. — О постанку назива legis actio per condictionem: §. 15. J. de action. 4. 6. Gai. IV. 12. 18. „nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dare nobis oportere“, в. IV. §. 5. „dari fieri oportere“. Отуда conductio certi нарочито „si certum petetur“, Dig. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. si certum petatur. 4. 2.; и conductio incerti; conductio triticiaria? (Dig. de condictione triticiaria. 13. 3.). Као основи постанка кондикција налазе се: а) зајам (§. 280.), б) формал. уговори (§. 232.) и легат (L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. II. 204.); даље lex (Dig. de condictione ex lege. 13. 2. Cod. 4. 9. cf. §. 24. J. de action. 4. 6. L. 29. (28). D. de adult. 48. 5. L. 12. §. 1. i. f. Cod. de pet. hered. 3. 31. в. Savigny стр. 542 и д.), с) имање нечег без основа на то (§. 340..345.). 1). О случајима последње врсте в. посебице још H. Witte die Bereicherungsklagen (1859.) стр. 41 до 253. и уз то исти у dogm. Jahrb. V. 3. против Jacobi-а на истом месту IV. стр. 160 и д. („kritische Beleuchtung der sog. Bereicherungsklagen“), даље дело од M. Voigt-а: Ueber die condictiones ob causam und causa und titulus im Allgemeinen. 1862. По мињењу овог последњег циљ је кондикција у опште тај, да се ресциндира (поништи) тековина, коју је неко себи прибавио на штету другог, по примрном правном основу који важи, а са вицезног квалитета неког секундерног или још даљег правног основа, који му је основ и који се увек јавља као causa obligationis (§. 46. 58. и д. в. горе §. 233. прим. 2.), али се може слободно рећи, да пишчево извођење ни у колико не задовољава. H. Witte у Schletter's Jahrb. X. стр. 6.. 25. Несправљено је боље збијено излагање Windscheid-а о овој ствари у његовим Пандектама §. 421.. 429. под насловом „Ungerechtfertigte Bereicherung“. Уз то Windscheid Zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtf. Bereicherung. 1878. — Dernburg Preuss. Pr. R. II. §. 252. 254. и д. Pavliček z. L. v. d. Klagen aus ungerechtf. Bereicherung nach österr. Civilr. mit Berücks. d. gem. R., sowie d. mod. Gesetzg. 1878. (о томе Randa krit. Vjschr. XXI. стр. 376 и д. Lenel Jen. Litztg. 1879. № 12.) Brinz

2. изд. §. 300. и д. Pfersche die Bereicherungsklagen. 1883. Види Zitelmann Irrth. und Rechtsgeschäft. стр. 408 и д. Wendt у dogm. Jahrb. XXII. стр. 313 и д.

1^а Против тога Brinz прим. 8. за то што се по тексту онаквом какав је горе искључује cond. furt., код које неоснованост тековине постоји, већ и онда, кад нема стицања, које би макар по врсти његовој било на праву основано. Pfersche, који па према обогаћењу по воли оног који тиме губи, ставља случајно обогаћење у опште, противан је сасвим том систематском збирању тужба због обогаћења, како у науци тако и у закону. Стр. 1. 51. 93. и д.

2 §. 14. J. h. t. Gai. 4. §. 4. Certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere; nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intelligatur, quod (ita datur. ut) nostrum fiat; nec res, quae (nostra iam est), nostra amplius fieri potest. B. L. 15. D. de cond. causa data. 12. 4. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. — Но изузеће је од тога (Gai. I. c.): Plane odio furum . . receptum est, ut . . rei recipienda nomine fures etiam hac actione teneantur: si poret eos dare oportere, quamvis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus. L. 12. in f. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Et proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. B. §. 323. Savigny V. стр. 551 и д. Voigt н. н. м. §. 64. 65. 81. Brinz §. 300. стр. 511: „особеност која се више данас не може посигурно објаснити“. Но у том случају има изузећа од правила у толико у колико се ономе који је још сопственик даје conductio rei ipsius, која је управљена на dari rem, а није изузеће или аномалија што се само на основу државине какве ствари, до које је неко дошао без правног основа на рачун неког другог, даје conductio (conductio incerti, ne rei већ possessionis) против првог, јер се и државина (ius possessionis) признаје за саставан део имаовине и према томе и њен губитак, односно њено добијање, ваља сматрати као имовну промену, која једног штети а другог богати. L. 25. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 2. D. de cond. trit. 13. 3. L. 15. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. (в. §. 171. прим. 4.) Bruns Recht des Besitzes стр. 27. и д. Windscheid Pand. §. 161. §. 421. прим. 7. Voigt н. н. м. стр. 329. и д. Brinz прим. 23. Pfersche стр. 59 и д. Wendt н. н. м. XXI. стр. 106 и д.) — У осталом и потрошак каквог предмета а тако исто и отуђење односно, присвајање туђег новца мењањем његовим (consumptio nummorum, §. 52. 151. прим. 2.) може, као бесправна добит, створити обвезу на враћање узетог: L. 29. D. de cond. indeb. 12. 6. Et si quidem extant

nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. A praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. L. 53. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 11. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 280. прим. 4.) Voigt стр. 749 и д. Brinz стр. 520 и д. у оште уз № 1. текста стр. 505 и д.

3 Savigny V. стр. 526. 27. „Тако је исто потребно, да је оно што је другом послужило да га обогати, пре тога једном и фактички спадало у имање онога, који у томе хоће да паље основа за кондикцију“. Тај би став био погрешан, ако би се тако разумео, да је оно што је други добио, пре тога, морало бити у имању оног који се послужио кондикцијом. L. 55. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 26. §. 12. eod. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 3 D. de cond. sine causa. 12. 7. Seuffert's Arch. II. 57. Главно је то, да је она добит коју је онај други постигао, позитивним увећањем свог имања или отклањањем смањивања свог имања, наступила на штету имања овог последњег. Windscheid §. 421. прим. 3.. 17. Brinz стр. 511 и д.

4 Случајева ове врсте расправља посебно Windscheid die Lehre des R. Rechts von der Voraussetzung. 1850., против кога је Voigt стр. 515 и д., али без довољно разлога. В. горе §. 233. прим. 2. Windscheid Pand. §. 423. прим. 8.. 13.

§. 341.

1). Condictio indebiti.¹

Condictio indebiti^a, може по правилу подићи онај и само онај, који је нешто учинио, у претпоставци, која је основана на заблуди која се даје извинити, да постоји некакво правно потраживање, које у ствари не постоји или у оној мери у којој замишља, а које му вала измирити, поглавито дакле у намери, да тиме испуни неку своју на таквој заблуди основану обвезу.² Циљ јој је враћање имовне користи од стране оног који је на тај начин без основа дошао до исте. Према томе

1) За оснивање ове тужбе тражи се: а) да је нешто учинено, с обзиром на замишљену обвезу, sol-

^a Dig. de condictione indebiti. 12. 6. Cod. 4. 5.

vendi causa^b. При томе је све једно, да ли је дат сам предмет замишљене обвеле или као datum in solutum или обратно као процена (aestimatio)^c, да ли се оно што је учињено састоји у сопствености какве ствари или само у њеној државини^d, или у каквом ius in re aliena или ослобођењу од каквог таквог права^e, или у ослобођењу од каквог дуга, плаћањем или преновом или опроштајем или у уступању какве тражбине, цесијом или делегацијом или сопственим обећањем, о чему је може бити издата и задужница^f, или на послетку у каквим услугама, које могу свести на новац^g; b) да замишљена обвела, ipso iure или per exceptionem, доиста није постојала^h, па ни као naturalis obligatioⁱ. У том погледу довољно је постјање какве обвеле из пристојности,^j па да се тражење враћања искључи као непристојно и неправично^k. Испуњење безусловне обвеле пре времена не заснива ову тужбу,^l али је заснива испуњење још условне обвеле^m. Тако исто заснива ову тужбу испуњење обвеле према неком другом, а не према правом повериоцу или његовом овлашћеном заступникуⁿ, као што је обратно заснована и онда, кад је испунио неко други а не прави дужник^o, само ако је испунио обвезу као своју,^p као и онда, кад је испуњење извршено у претпостављању неке обвеле, а која није она која постоји^q; c) да је учинба извршена из заблуде у погледу обвеле^r, и то заблуде која се даје оправдати^s, дакле, по правилу, да

^b L. 52. 65. §. 2. D. h. t. ^c L. 26. §. 4.. 6. eod. ^d L. 15. §. 1. 2. eod. cf. L. 19. §. 2. eod. L. 13. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. ^e L. 12. 22. §. 1. L. 65. §. 7. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 17. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. ^f L. 31. 47. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. ^g L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. ^h L. 54. eod. L. 26. §. 3. L. 40. pr. L. 41. eod. ⁱ L. 9. 13. 19. pr. L. 38. pr. L. 40. pr. L. 51. 64. eod. (§. 217.) ^j L. 32. §. 2. D. h. t. L. 26. §. 12. eod. ^k L. 10. 16.. 18. 56. 60. §. 1. eod. ^l m L. 6. §. 1. 2. L. 22. 65. §. 9. eod. ⁿ L. 65. §. 9. cit. L. 19. §. 1. eod. cf. L. 8. 44. eod. L. 66. D. de solut. 46. 3. L. 12. 13. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. ^o L. 19. §. 3. 4. L. 20. 26. §. 4.. 6. L. 31. 32. pr. §. 3. D. h. t. ^p L. 53. D. de R. J. L. 24. 26. §. 3. 8. L. 50. 54. D. h. t. ^q L. 25. pr. D. de probat. 22. 3. cf. L. 1. §. 1. D. h. t.

није правна заблуда⁷, у колико и она не би била таква да се према приликама⁸ или са личних разлога не би могла оправдати⁹. Но овде је довољна и проста сумња у постојању обвезе¹⁰, ако није случај напуштања права оспоравања њеног. Доказ о извршеном испуњењу пада на тужиоца. Ако то није оспорено, то је, по правилу, на њему¹¹, да докаже околности, које су га завеле да погрешно мисли, да постоји обвеза.¹² Тужилац је онај који је сам или преко другог нешто испунио¹³, а туженик је онај који је тако нешто примио или је примање неком другом одобрио¹⁴.

2) Предмет је тужбе оно што је тужени у име испуњења као учинбу примио, посредно или непосредно, те по томе и пратеж примљене ствари, плодови и друга добит. Но у колико је онај који је примио у доброј вери у толико се његова обвеза на враћање¹⁵ ограничава само што му је као добит у имању остало¹⁶.

3) Искључена је *condictio indebiti*: a) ако је обвеза таква, да у случају порицања има места тражењу двојаке вредности¹⁷; b) кад је испуњење извршено у смеру, да се тиме испуни каква пресуда,¹⁸ *ex causa iudicati*¹⁹.

Прим. 1. В. у опште Erxleben die condictiones sine causa. Abth. 1. 1850., уз то Voigt н. н. м. §. 74. 75. и о разним спорним питањима у овом науци: Holzschuhер 3 изд. III. стр. 541. 566. — *Condictio indebiti* посматра се код Римљана са гледишта облигације quasi ex contractu, која се може упоредити обвези из зајма. §. 6. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 1. J. quib. mod. re

r. L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. 4. 18. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 6. Cod. I. c. (t. 18.) L. 6. 7. Cod. h. t. s L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. t L. 25. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 9. Cod. ad Sc. Vell. 4. 29. u L. 11. Cod. h. t. 4. 5. cf. L. 65. §. 1. D. h. t. v L. 25. D. de probat. 22. 3. w L. 5. 6. pr. L. 57. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. x L. 6. §. 1. 2. D. h. t. L. 14. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 49. D. h. t. cf. L. 66. D. de solut. 46. 3. y L. 15. pr. §. 1. L. 19. §. 2. L. 26. §. 4.. 6. 12. L. 65. §. 5.. 8. D. h. t. L. 3. 10. Cod. h. t. cf. L. t. Cod. eod. §. 251. прим. 3. z §. 6. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod. h. t. (§. 252). zz L. 1. Cod. h. t. L. 2. Cod. de compensat. 4. 31. L. 36. D. fam. erc. 10. 2. L. 74. §. 2. D. de iud. 5. 1. L. 29. §. 5. D. mandi 17. 1. cf. L. 35. D. h. t.

contrah. obl. 3. 14. cf. Gai. III. 91. L. 5. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. B. Erxleben стр. 14 и д.

2) Voigt н. н. м. стр. 636, који у опште цени *condictio indebiti* са гледишта, да је нешто учињено *ex falsa causa*, тврди „да је потпуна неистина, кад наша модерна правна наука... поставља то ограничење, да *cond. ob causam* има места само код солуција, и по томе код престација, које циљају на испуњење какве облигације“. Он се за то позива на то, што и ea, *quaer per errorum omissa sunt, condici possunt.*, L. 3. § 10. D. si cui plus. 35. 3. L. 39. D. h. t. L. 22. §. 1. eod. L. 8. pr. D. de act. emti. 19. 1. L. 35. D. de s. p. u. 8. 2. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Али у том се случају даје *cond. indeb.* „quasi plus debito solutum sit“. Он се даље позива и на то, да се и оно, што је у заблуди учињено као претходна учинба каквог безименог уговора, може тражити кондикцијом, L. 23. pr. L. 65. §. 1. D. h. t., ма да таква учинба, по римском схватању, нема солуторан карактер (у погледу *naturalis obligati*-је која је основана претходним уговором) већ облигаторни. Но баш над би се и дозволило, да је то тако, опет остаје недоказано, да се по истом схватању тужба звала *condictio indebiti*, L. 65. §. 1. cit. не доказује то. А кад писац на истом месту вели: „да нема сумње, да *condictio indebiti* наступа и у случају *ex falsa causa* учињене донације (*datio*) ради зајма“, онда би боље да сасвим напусти израз „*condictio indebiti*“, јер на један пут узима да је *indebitum* то исто што и *sine causa*. В. сад Brinz 2. изд. стр. 541 и д.: „*Condictio indebiti* наступа не за то, што је у прошлости замишљен *debitum* који у ствари није постојао, дао погрешан основ (разлог) за испуњење, већ за то што је постављен смер, који се не може постићи нити је била могућа права солуција (*solutio*) ма да *datio* по праву постоји. Но толико се може признати, да се за постајање кондикције *indebiti*, не тражи баш облигација у правом смислу“. Тако н.пр. L. 3. §. 10. cit. и L. 7. pr. cit. могу се сасвим и без зазора применити и на случај, кад је наследник, на основу *legatum-a per vindicationem* уступио завештану ствар или *uzusfructus*, без кауције. Другаче Brinz 2. изд. §. 304. прим. 6.

3) L. 32. §. 2. D. h. t. *Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* В. §. 217. прим. 5. на kraju. Од тога се може учинити употреба у случају, датог падржана arg. L. 11. 15. Cod. de neg. gest. 2. 18. (19.) L. 5. §. 14. D. de agnosc. et al. lib. 25. 3. — Спорно је, да ли са тог гледишта

ваља објасенити и L. 26. pr. D. h. t. (Si non sortem quis sed usuras indebitas solvit, repete non poterit, si sortis debitae solvit Thibaut Vers. II. 5. № 3. стр. 138 и д. Vangerow I. §. 76. прим. 2. Против тога опет Erxleben стр. 63 и д., који са другима сматра, да се то место тиче интереса који је плаћен, ма да је дотични знао да није дужан, за кога Brinz I. изд. стр. 415 вели: „да му разлози нису доволно јаки“. Правилно објашњење тог места постизава се онда, кад се оно доведе у везу са начелом, да usurae indebite solutae ваља одбити од капитала: L. 5. § 2. L. 102. § 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. Cod. de usur. 4. 32. cf. L. 3. eod. Witte Bereicherungsklagen стр. 69 и д. Voigt н. н. м. стр. 647 и д. Seuffert's Arch. XVI. 49. Другаче је у случају кад је интерес плаћен на рачун погрешно претпостављеног главног дуга: L. 26. §. 2. eod.; тако исто у случају плаћања недозвољених интереса: L. 26. pr. §. 1. eod. (§. 209.).

4 Зар ни у погледу добити, која је дошла од интересуријума? Erxleben стр. 94 и д. Witte стр. 68. прим. 1.

5 L. 65. §. 9. D. h. t. Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Suum добија само онај „који 100 што му дугује А. добија као оно што А. дугује; само је у том погледу све једно то, од кога је он то добио“. Brinz 2. изд. §. 304. прим. 16. Но кад ко плати у знању дуг неког другог или се за другог обвезао, онда тај може condicatio indebiti према овом другом, ако је то учинио у погрешној претпоставци да то чини по обвези према том другом (not. n.). А онај кога је неко, за кога мисли да му је поверилац, упутио (делегирао) неком другом као свом замешљеном повериоцу или у намери поклона, има и против овог последњег doli exceptio и condicatio. L. 7. D. de doli exc. 44. 4. L. 2. §. 3. 4. D. de donat. 39. 5. Schlossmann у Wien. Ztschr. IX. 11. стр. 553 и д. Уз L. 56. D. h. t. (not. l.) в. Eisele Compens. стр. 263 и д.

6 Врло је спорно питање: да ли је од важности то што се даје заблуда извинити и према томе да ли је од важности разлика између фактичке и правне заблуде? Другог је мњења између осталих Mühlenbruch у civ. Arch. II. 35. Renaud у civ. Arch. XXIX. 4. 14. Herrmann у Linde's Zeitschr. н. р. III. 3. Holzschuher III. стр. 550 и д. Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio стр. 69 и д. E. Zimmermann Beitr. z. Theorie d.

cond. ind. 1868. № I. Wächter §. 219. Beil. II. Seuffert's Arch. VI. 206. 207. VII. 51. XV. 195. В. против тога Savigny III. стр. 359 и д. 447 и д. Erxleben стр. 70 и д. Vangerow III. §. 625. прим. 1. № II. Witte н. н. м. стр. 98 и д. Windscheid §. 426. прим. 14. Seuffert's Arch. II. 187. V. 291. VII. 322. XIII. 254 255. По средњем мњењу узима се, да је каквоћа заблуде без значаја само у случају кад је indebita promissio, нарочито због L. 1. pr. D. 36. 4. Donell. I. cap. 21. §. 12. 18. XIV. cap. 14. §. 5.. 10. Seuffert §. 436. прим. 13. 14. Arch. IV. 55. Против тога Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund стр. 68. 2. изд. стр. 72 и д. В. још Pfersche стр. 123 и д. — У осталом a) Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is, cui bonis interdictum est, solverit. L. 29. D. h. t. b) И заблуда оног који прима долази толико у обзир, у колико би он иначе тиме извршио furtum и према томе има места, да се подигне condicatio furtiva против њега. L. 14. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 18. D. de cond. furt. 13. 1. L. 43. pr... §. 3. D. de furt. 47. 2. cf. L. 37. D. h. t. Vangerow III. §. 625. прим. 1. № III. Voigt стр. 764 и д. В. још Hesse у civ. Arch. LVI. 11.

7 Ако је онај који испуњава обвезу (плаћа) сумња у истинитост обвезе, па изрично задржао за се право враћања, па случај да се доцније покаже, да обвеза не постоји или да је већ измирена, онда оном који је тако уговорио ваља дати право тражења враћања без икаквог даљег разговора, arg. L. 2. pr. D. h. t. „negotium enim contractum est inter eos“. Но произвољност је, када се, као што то чини Voigt стр. 635. прим. 562., само на тај случај примењује L. 11. Cod. h. t. (not. u.) и с тога спори уместоност у тексту исказаног става. То се бар види, да Јустицијан решава: „omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam... repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur“, и онда је сасвим неоправдано називати смисао, који нам се на први поглед јавља у том решењу, „производом произвољности, у коме кипте највеће противречности“, као што је и многа друга тако исто енергична осуда тог писца потпуно неоправдана. Или зар има доиста противречности у томе, што се даје condicatio indebiti ономе, који је исплатио какву стару задужнику свог умрлог оца, који је исплатио какав стари рачун, ма да је изрично исказивао своју сумњу, па после нађе признаници из које се види, да је дуг исплаћен? В. у осталом Seuffert's Arch. IV. 123. VII. 54. XIII. 255.

8 L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, . . . eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustum ignorantiae causam indebitum ab eo solutum (sit), et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. Изузене: L. 25. §. 1. ibid. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia(e) deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas. Но онет: §. 2. ibid. . . Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito est, vel quod ab initio quidem debitum solvit, vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere. В. о томе Benfeу у Linde's Ztschr. XIV. 7. Savigny III. стр. 466. Sintenis §. 109. прим. 57. Holzschuher III. стр. 560 и д. Windscheid н. н. м. стр. 189 и д. Römer d. Beweislast hinsichtlich des Irrthums стр. 55 и д. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund стр. 75 и д. 141 и д. 252 и д. 2. изд. стр. 83 и д. 154 и д. 280 и д. Vangerow III. §. 625. прим. 2. Witte н. н. м. стр. 161 и д. у новије доба Fr. Zimmermann у civ. Arch. XLVIII. 4., и у опште о доказу Windscheid §. 426. прим. 18.. 27. E. Hoffmann у prakt. Arch. н. р. VIII. 10. стр. 253 и д. Wächter II. §. 219. Дод. I. Pfersche стр. 132 и д.

9 L. 7. D. h. t. 12. 6. Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem (sc. ex eodem. genere: L. 25. i. f. D. de praescript. verb. 19. 5.) repetitur. L. 26. §. 12. eod. . . Sed haec, inquit (Celsus), operae recipiunt aestimationem, et interdum, licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes; vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? У неколико другог је мњења Erxleben стр. 182 и д. 195 и д., јер он објашњава L. 26. §. 12. cit. упоређујући га са L. 1. §. ult. L. 2. D. depos. 16. 3. (§. 285. not. i.), не узимајући на ум да condictio indebiti није bona fidei actio и да је испуњење стриктне (строге) облигације управљене на dare oportere, само по себи немогуће, кад је отуђена она ствар коју вала дати. Међу тим се са њиме слаже Brinz 1. изд. стр. 404 и д., и то исто мњење бранио је после тога опширно Witte н. н. м. стр. 139.. 154, уз кога је пристао и Voigt стр. 319 и д., ма да му је већину доказа одбацио. На примедбу коју је Witte стр. 148. прим. 1. учинио овој примедби

постављам само то питање, да ли он доиста мисли, да наследник оног, који fundum dari promisit, а који је тужен са condictio certi „si paret fundum dare oportere“ може бити осуђен на плаћање само оног quod ex pretio habebat, кад је познајући о обећању тестатора sine fraude fundum modico distraxit? Ако то не мисли, онда и он не може да објасни L. 26. §. 12. cit. помоћу L. 1. §. ult. cit. Mandry у civ. Arch. XLVIII. 9. стр. 220 и д. с правом примећује, да се код примања замењивих ствари tantundem, у опште, не може означити као предмет кондикције, и да је шта више слободан од обвезе давања пакнаде онај који примљену специју нема, услед случајног губитка, а нема никакву добит која би му отуд остала: arg. L. 65. §. 6. L. 53. D. h. t. Но и он се слаже са Witte-ом, да се кондикција не ограничава само на оно што још траје од обогаћења, јер речи у L. 26. §. 12. cit. quod ex pretio habes разуме тако, да се тиме хоће да означи, да је примљена цена а не да је још непрестано има. В. против тога Windscheid §. 424. прим. 3. Vangerow §. 625. прим. 3. (7. изд. стр. 404 и д.) Sintenis §. 109. прим. 101. Pfaff у österr. Ger.-Ztg. 1868. № 30. . 35. Brinz §. 300. стр. 515 и д. Pfersche стр. 137 и д.

10 Тада случај, по старијем праву, био један од оних случајева, и то најважнији, у којима lis insitiando crescebat in duplum. То је у Јустинијанову праву отпало, али је онај став (not. zz.) опет остао. Међу тим он не смета томе, да се плаћено врати у путу поништавне жалбе против пресуде, arg. L. 11. D. de appell. 49. 1. B. Rudorff у Zeitschr. f. gesch. Rtsw. XIV. стр. 322 и д. Против мњења, да је кондикција искључена и у случају погрешног претпостављања пресуде која у ствари није донета (Vangerow прим. 1. стр. 394. arg. L. 36. c. m. D. 10. 2.), в. Sintenis §. 109. прим. 46. Witte н. н. м. стр. 95 и д., Windscheid §. 426. прим. 17. и сад и Brinz §. 304. прим. 28. — О сумњи, да ли су у not. z. zz., постављена изузена од практичне вредности в. Holzschuher III. стр. 563 и д. Сумњив је значај става: Poenae non solent repeti, cum dispensae sunt. L. 42. D. h. t. L. 46. D. de R. J. cf. L. 3. §. 14. D. de tab. exhib. 43. 5. L. 1. §. 2. D. de lege Jul. amb. 48. 14. Unterholzner I. §. 247. not. d. II. §. 318. not. s. §. 322. not. g. Vangerow н. н. м. стр. 393. Brinz 1. изд. стр. 415. 2. изд. прим. 28a. Karlowa d. röm. Civilprocess zur Zeit d. Legisactionen 1872. стр. 200.

§. 342.

2). Condictio causa data causa non secuta^a.

Онај који је нешто, под претпоставком да извесна околност у будуће наступи, па та не наступи, може тражити натраг оно што је дао и остали прираштај^b, и то са condictio causa data causa non secuta или condictio ob causam dati causa non secuta.^c Претпоставке су за ову тужбу: 1) да је једна страна другој нешто дала, што овој увећава имање, под изјављеном претпоставком да нешто будуће наступи, а да у томе нема нечег неморалног ни са стране оног који даје ни са стране оног који прима^d, т.ј. да је давање учињено об rem или ob causam futuram, non dishonestam,^e било да је та causa futura у некој радњи оног који прима^f, или у другим каквим околностима^g; 2) да је оно што се исчекује изостало, causa non secuta^h, било кривицом оног који прима или случајемⁱ. Но ако би чињеница на коју се исчекује била у некој учинби коју онај који прима ваља да испуни, па би му то, без његове кривице, било немогуће,^j онда, по правилу, нема места овој тужби^k. И промена намере^l од стране оног који даје може, према особитој природи посла изазвати ову тужбу, а то је онда, кад би наступање оног што се исчекује, а ради чега је и дато нешто, зависило, према природи ствари или по особитом уговору, од воље оног који даје^m. Обвеза оног који је тако нешто примио управљена је на враћање

a Dig. de condicione causa data causa non secuta. 12. 4. Cod. de condicione ob causam datorum. 4. 6. b L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 38. §. 1.. 3. D. de usur. 22. 1. c L. 1. pr. D. h. t. cf. L. 4. 10. eod. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. sine aausa. 12. 7. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 4. Cod. h. t. d L. 3.. 5. 11. D. h. t. e L. 1. §. 1. L. 2. 7. §. 1. L. 10. 14. cod. f L. t. §. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. g L. 2. 7. §. 1. L. 10. D. h. t. L. 3. §. 5. eod. h L. 10. 11. Cod. h. t. L. 3. §. 3. L. 5. pr. D. eod. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 8. Cod. h. t. — L. 16. D. h. t. i arg. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 10. D. de spons. 23. 4. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 8. D. h. t. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6.

оне целокупне користи до које је непосредно или посредно дошао, услед тога што је примио^k, у колико примљено, у целини или у неколико, није већ употребио, према одредби оног који је дао^l, или у колико не би, без своје кривице, услед тог посла претрпео губитак^m, или у колико му, опет без његове кривице, не би било могуће да врати што је примиоⁿ.

Прим. 1. В. у ошите Wächter de condicione causa data causa non secuta (§. 235. прим.), а за тим нарочито Erxleben die condicione sine causa, 2. Abth. die condictio causa data causa non secuta, уз то сад Voigt н. п. м. §. 76. 78. 79. и §. 58. 65., а против овог опет Witte у Schletter's Jahrb. X. стр. 18 и д. Windscheid §. 427.. 429. Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Св. I. die cond. ex poenit. Beitrag z. L. vom dare ob causam 1878. Brinz 2 изл. §. 303. Wendt dogm. Jahrb. XXII. стр. 320. и д. — Ова се тужба зове у наслову Cod. h. t. „condictio ob causam datorum“, где ваља у мислима додати „causa non secuta“, а у напису Dig. h. t. „condictio causa date causa non secuta“. О објашњењу тога назива в. Pagenstecher у Heidelb. krit. Ztschr. II. стр. 60 и д. Witte Bereicherungsklagen стр. 63. прим. 14. Voigt стр. 490. в. стр. 550. прим. 463. стр. 621. прим. 547. Као смер тужбе означава се иначе и: „quidquid ob causam datum est causa non secuta restitui“, L. 5. Cod. h. t., или „ut repetatur quod datum est quasi ob rem datum re non secuta“, L. 5. §. 1. D. de praescript. Verb. 19. 5. и др.

2 L. 1. pr. D. de cond. ob. turp. caus. 12. 5. Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam ... §. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Cf. L. 52. D. de cond. indeb. 12. 6. Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam; veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit. Али: L. 3. §. 7. D. h. t... quamquam constet... eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui accepit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. Cf. L. 7. Cod. h. t. L. 25.

k L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 13. pr. L. 18. §. 1. 3. L. 31. §. 3. 4. D. de m. c. don 39. 6. l L. 5. pr. §. 2. D. h. t. m L. 5. §. 3. 4. cod. n L. 19. 37. §. 4. L. 39. D. de m. c. donat. cf. L. 5. §. 2. cit. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1.

Cod. de transact. 2. 4. Поједини случајеви који овде спадају могу се поделити у три групе, као што то ради Erxleben, стр. 49 и д.: а) кад се са оним што је дато има непосредно да постигне смрт извесне врсте, или кад то зависи још од наступања неких других околности. Овде долазе: α) dotis datio пре брака. L. 6.. 10. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 7. §. 3.. L. 9. pr. L. 10. §. 4. 5. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. и др.; β) поклон међу заручницима. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. V. Fragm. Vat. §. 262. cf. L. 15. 16. Cod. de don. de donat. 39. 5. 3.; γ) mortis causa donatio. L. 12. D. h. t. L. 35. D. aute nupt. 5. 3.; δ) implendaе conditionis causa datum. L. 1. de m. c. don. 39. 6.; δ) испуњење или осигурање какве обvezе која још није наступила или која је још неизвесна, а у нади да ће наступити или да ће постати сигурна. L. 13. 15. D. h. t. L. 7. Cod. de p. n. r. 4. 30. L. 3. §. 5. D. de collat. bon. 37. 6.; ζ) давање признанице о пријему дуга (§. 262. 282.), али се овај случај може подвести и под исплате (§. 262. 282.), али се овај случај може подвести и под §. 345. прим. 1.; η) плаћање у нади, да ће за тим наступити ослоњање од обvezе, нарочито плаћање заступнику, у нади, да ће по-верилац одобрити примање исплате. L. 2. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 26. §. 13. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. [уз ова места в. горе §. 204. од 1. на крају]. L. 14. D. h. t. L. 58. pr. D. de solut. 46. 3.: б) кад је нешто дато с тим, да га онај који је примио употреби на извесан начин, било ради испуњења какве поруке (L. 5. pr. §. 1. 2. L. 11. D. h. t. или као donatio или legatum sub modo (§. 74.) с) кад је нешто дато, да се тиме онај који прима побуди да нешто учини или не учини, што такође може бити donati-ja и legatum sub modo, али може бити управљено на постизавање извесне учинбе и пр. L. 4. 5. 11. Cod. h. t. Под ово гледиште долазе по римском праву, и безимени уговори (§. 235.). В. још у опште Windscheid Voraussetzung стр. 19. и д. 88. и д. 153. и д. Brinz н. н. м. До других у неколико оступајућих ресултата дошао је Voigt н. н. м. услед његовог погрешног појма caus-e и конструкције (извођења) на њој основаној (§. 341. прим. 2. 7.).

3. В. Vangerow III. §. 591. нар. стр. 208 и д. Windscheid н. н. м. стр. 177 и д. и Pand. §. 100 на крају. Erxleben стр. 386 и д. Brinz 1. изд. §. 97. Witte Bereicherungsklagen стр. 104 и д. Seuffert's Arch. XVI. 103. — О питануј шта има тужилац да доказује: да ли и то, да је causa non secuta? Erxleben стр. 499 и д.; против тога Windscheid н. н. м. стр. 189. Bähr стр. 411. Witte н. н. м. стр. 169 и д., и против тога опет с друге стр. 411. Witte н. н. м. стр. 169 и д., и против тога опет с друге стране, Gerber Beitr. z. L. v. Klaggrund стр. 125 и д. Maxen

über Beweislast стр. 254 и д. Windscheid krit. Vjschr. I. стр. 121 и д. 131 и д. Pand. §. 429. прим. 1. В. још Wendt н. н. м. нарочито §. 3.

3^a Brinz 2. изд. §. 303. прим. 34.

§. 343.

3). Condictio ob turpem causam.

Што је неко дао, ради нечег што ће тек бити, а што је неморално (ob turpem causam), то може тај који је тако нешто дао, оно што је дато, натраг тражити са овом тужбом, без обзира на то, да ли је жељена последица наступила или не, само ако и давање по том основу није било по себи неморално^a.

Прим. L. 1. §. 2. D. h. t. 12. 5. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. L. 3. eod. Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur. L. 4. §. 3. eod. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitude versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. В. Voigt н. н. м. стр. 567.. 569. 631.. 634. Brinz 2. изд. §. 302 на крају. Seuffert's Arch. I. 195. 196. II. 19. III. 20. IV. 231. VIII. 25. 119. XIII. 14. XIV. 124. XVI. 100. Ако је ex turpi causa учињено само обећање, то се против тужбе којом се тражи испуњење може употребити doli exceptio, па и онда кад и са стране оног који даје обећање постоји turpitude. L. 1. Cod. h. t. L. 8. D. h. t. L. 134. pr. D. de V. O. 45. 1.

§. 344.

4). Condictio ob iniustum causam.

Са овом тужбом може онај који губи тражити од другог натраг све оно, што је тај други на основу свог

a L. 1.. 5. L. 8. 9. D. de condicione ob turpem vel iniustum causam. 12. 5. Cod. de condicione ob turpem causam. 4. 7. cf. L. 5. pr. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de calumn. 3. 6.

бесправног начина рада или на основу неодобреног правног посла из његовог имања добио^a.

Прим. L. 6. D. ü. t. 12. 5. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qui sententia etiam Celsus est. L. 7. eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset pecunia, repetitionem esse constat (§. 333.). L. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1... quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condicatio nasci solet. Cf. L. 21. §. 1. D. de donat. 39. 5. На супрот сумњи, да ли поред cond. ob turpem causam може постојати нека cond. ex iniusta causa, која би била нешто друго в. Vangerow III. §. 627. Иэраз „quod ex iniusta causa apud aliquem sit“ и „ex non iusta causa“ употребио је Сабинус у L. 6. cit. и на другом месту по свој прилици у општијем смислу, који обухвата и друге случајеве кондикција, а condicatio ob iniustam causam употребљава се у другим местима и са несумњиво ужим значењем, у противности према осталим случајевима (§. 341.. 343.), а међу тим према кондикцији sine causa не одваја се тако строго (§. 345. прим. 2b.) Witte н. н. м. стр. 42 и д. Keller Pand. §. 302. 303. Voigt стр. 244 и д. стр. 549. прам. 461. стр. 622. прим. 550. стр. 621.. 631. Witte у Schletter's Jahrb. X. стр. 22 и д. Brinz 2. изд. §. 302. у почетку.

§. 345.

5). Condicatio sine causa^a.

Овој тужби има места у сваком оном случају, у коме неко без оправданог основа добија на рачун имања неког другог,¹ било да такав основ стицања није постојао још испочетка,² или да је у почетку постојао, па доцније отпао.³

Прим 1. У ширем смислу condicatio sine causa обухвата све кондикције од §. 341.. 344. — L. 1. D. h. t. 12. 7. Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis

^a L. 6. 7. D. de condicione ob turpem vel iniustum causam. 12. 5. L. 3. Cod. de condicione ex lege et sine causa vel iniusta causa. 4. 9. cf. L. 13. §. 1. D. depos. 16. 3.

^a Dig. de condicione sine causa. 12. 7. cf. Cod. 4. 9.

iudebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. §. 1. Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. §. 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, sciendum est, condictioni locum fore. §. 3. Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustum causam. — У ужем смислу то је тужба која се ставља као противност према осталим из ближе обележеним случајевима. В. Kiesselbach у dogm. Jahrb. V. 1. Windscheid §. 424. прим. 1. Brinz 2. изд. §. 305.

2 Случајеви ове врсте јесу и.пр. а) кад је нешто дато у намери да се постигне нешто што је правно немогуће, L. 5. pr. §. 1. D. h. t.; или б) услед неког ништавног посла, L. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 21. in f. D. de donat. 39. 5. (§. 81. прим. 2.) L. 18. Cod. de usur. 4. 32. (§. 209- not. f.). L. 23. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 269. not. p.), в. §. 344. прим.; с) кад је неко дошао до какве добити бесправним отуђивањем туђе ствари, у време кад онај чија је ствар не може ни да је виндицира, L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. В. Jhering Abh. стр. 78 и д. и у dogm. Jahrb. XVI. 6; против тога Windscheid Zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. 1878. стр. 4. и д. Pand. 5. изд. §. 422. на крају и прим. 8. Уз то Krüger у civ. Arch. LXIII. 13. стр. 379 и д. Eisele у civ. Arch. LXVI. 1. стр. 1 и д. Brinz 2. изд. §. 302. прим. 8. 9.; д) случајеви у §. 280. прим. 4d. §. 341. прим. 6a. cf. L. 34. pr. D. de minor. 4. 4. Срав. у осталом још §. 152. прим. 4. §. 155. прим. 4. — За у же је поље примене ове condiceti-je sine causa Voigt §. 80., но против његовог извештаченог начина излагања ових случајева исказао се са правом Witte н. н. м. X. стр. 19 и д. И Brinz је за то, н. н. м. прим. 8., да се случајеви под б. и с. не увршију овде.

3 Овде долазе између осталих а) случај, кад је неко за неку изгубљену ствар добио од неког накнаду, па је после саму ствар добио, L. 2. D. h. t.; б) тражење задужнице, кад је дуг већ измирен, L. 2. Cod. h. t.; с) тражење капаре, кад је посао ради кога је дата извршен (§. 240. not. g.), и д) тражење предмета квазиузусфруктуса, кад му је истекао рок, а кауција није дата, L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. (§. 181.). У опште в. Vangerow III. §. 628. са Brinz 1. изд. §. 99. У случајима ове врсте може се ова тужба назвати и condicatio causa finita. Voigt §. 77. Windscheid §. 423. прим. 12.

§. 346.

B Actio ad exhibendum.^a

Онај за кога је, због каквог стварног^b, или личног потраживања^c према каквој ствари^e, од правног^d значаја^f, да му се иста ствар покаже или изнесе^g, може оног који има ствар^h, нагнати на то са нарочитом тужбом, која се зове *actio ad exhibendum*. Та је тужба *arbitraria actio*ⁱ, и као таквој јој је смер у првом реду фактично показивање ствари^h, с којим је према приликама везан и захтев њеног одвајања^k, од друге какве ствари^j,^{2b} а ако то не буде онда накнада мањка (*Interesse*), због намерног спречавања у томе^l, која се, према приликама, одређује процењујућом заклетвом (а по грађ. пост. за немач. царевину по процени, која је учињена под заклетвом)^l. У овом последњем случају може се подићи и против привидног држаоца^m или придржникаⁿ. Да ли је по тужиоца од правног значаја тражење показивања ствари ваља претходно сазнати сумарном истрагом^o. Ако тужени не оспорава право тужиоца а сам не тражи никакво право за се, по коме би могао одрећи реституцију ствари, онда *actio ad exhibendum* може повући за собом и то, да наступи и реституција саме ствари^p.

Прим. 1: L. 2. D. h. t. *Exhibere est facere in publico protestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.* L. 3. §. 8. D. 43. 5.: „materiae ipsius adprehendendae copiam“ cf. L. 3. §. 9. cit. L. 22. D. de V. S. *Plus est in restitutione, quam in exhibitione; nam exhibere est praesentiam corporis praebere; restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis*

^a Dig. ad exhibendum. 10. 4. Cod. 3. 42. ^b L. 1. 3. §. 3 4. 12. D. b. t. c L. 3. §. 1. 5. 7. eod. ^d L. 3. §. 11. L. 19. eod. cf. L. 3. §. 14. eod. e L. 2. eod. L. 22. D. de V. S. ^f L. 3. §. 15. L. 4. 5. D. h. t. ^g §. 31. J. de action. 4. 6. ^h L. 2. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. §. 5. eod. ⁱ L. 6. 7. pr. §. 1. eod. §. 152.). ^j k L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. eod. цар. нем. грађ. пост. §. 260. (§. 115. 3.). ^l §. 31. J. cit. L. 9. §. 8. D. h. t. ^m L. 9. pr... ⁿ 4. L. 14. D. h. t. (§. 166.). ^o L. 3. §. 9. 13. eod. ^p o L. 5. §. 2. 5. L. 9. §. 1. 4. eod.

verbo continentur. При свем том експхибиција може послужити као основ за евентуелно потраживање реституције. — Demelius die Exhibitionspflicht, 2872. о томе Brinz krit. Vjschr. XIV. стр. 295 и д. Pand. 2. изд. §. 324. Alfolter d. a. a. exh. und ihre Bedeutung für das heut. Processr. 1880. Lenel das ed. perpet. стр. 172 и д.

^{1a} „Или лично“? Против тога убедљиво Demelius §. 29. 30. уз кога пристаје Brinz (другог мњења Windscheid §. 474. № 8.). Ноксалне тужбе и (стари) interd. utrubi — једини сигурно посвездочени примери — застарели су. У већини случајева а. ad exhib. спрема виндикацију. L. 1. D. h. t.:... maxime propter vindicationes inducta... L. 3. §. 3... ei competit. qui in rem acturus est. В. прим. 2 а. В. сад Brinz §. 324. стр. 680 и д. који и за саму обвезу експхибиције не мисли, да је то нека obligatio, већ а. a. exh. увршћује у она принудна права, које се налазе као саставни делови стварних права“. Стр. 687 и д. и прим. 47.

² L. 19. D. h. t. *Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset?* Respondit: nou oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire (§. 7. прим. 7.); nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. Но в прим. 4. и L. 3. §. 14. eod. Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit; hae rationes a te possidentur; desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum... Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri; in factum igitur mihi actionem competere. Demelius стр. 13 и д. 31 и д. 128 и д. Brinz §. 324. прим. 53. 54. — Може ли се *actio ad exhibendum* по аналогији применити и на случај, кад се тражи прегледање какве непокретне ствари? Seuffert's Arch. XVI. 48. Против тога Demelius §. 14.

^{2a} Да ли се са тог разлога не увршћује ова тужба у остале тужбе којима се тражи одвајање, а о којима говори књ. 10. Дигеста? То је уједно један доказ о њеној „стварној основици“ (прим. 1 а.); cf. L. 1. D. 10. 1; L. 1. D. 10. 3.

^{2b} Има случајева у којима сопственост постаје тек услед одвајања (нпр. L. 6. 7. §. 1. 2. D. h. t., в. горе §. 152. мирујућа

(латентна) сопственост или издавања (L. 3. §. 6. D. h. t., в. §. 579., оптативни легат. Према томе ексхибиција може да припреми геи vind. не само тиме, што ће се услед исте утврдити истоветност ствари, већ и тиме, што се сопственост ствара актуалном (презентном, präsent), а у старом процесу, што ствар долази in iure).

3 Да actio ad exhibendum има успеха не само против оног qui dolo malo possidere desiit, већ и против оног qui liti se obtulit, не вељи се изрично. За то говоре сама природа ствари и опште правило у L. 131. D. de R. J. §. 167. прим. 2.

4 Чести су предмет ексхибиције исправе (прим. 2. на крају). Demelius §. 26. Особита тужба која има тај смер, а која се тиче наредаба последње воље јесте interdictum de tabulis exhibendis. Та је тужба дата сноме који има каквог правног интереса, да сазна чију последњу вољу и тај свој интерес учини вероватним или по потреби утврди заклетвом опасности (Gefährdeeid), против оног, у кога је исправа из које би се могла сазнати та воља. Dig. de tabulis exhibendis. 43. 5. Cod. 8. 7. — О едицији (увиђају) исправа у судском поступку в. Dig. de edendo. 2. 13. Cod. 2. 1. Seuffert §. 434. Bayege ord. Proc. 8. изд. стр. 955 и д. Та је обвеза едиције (увиђаја) већ по римском праву (L. 5. 6. 8. Cod. 2. 1.), испла даље од обвезе ексхибиције (показивања), а по пракси општег немачког права отишла је још даље, непшто услед погрешног разумевања дотичних места из извора, а нешто услед фактичке животне потребе. Demelius §. 55. царев. грађ. пост. §. 387. и д. Врло је важан у данашњем праву увиђај (едиција) тргов. књига (трг. зак. чл. 37. и д. в. L. 4.. 10. D. de ed. 2. 13. (тиче се argentarii-ja). Уз то Lenel das ed. perp. стр. 50 и д.

§. 347.

С. Тужбе којима се тражи дозвола однашања ствари.

Против сопственика каквог земљишта, на коме се налазе туђе ствари, дате су сопственику истих, за извесне случајеве, нарочите тужбе, којима их може изискати. Ту долазе: 1) interdictum de glande legenda, којим се може сопственик земљишта нагнati, да дозволи купљење плодова који би пали на његово земљиште,

сваког другог дана,¹ кад му се да cautio damni infecti^a; 2) actio или interdictum de thesauro^b, којим се може тражити дозвола вађења ствари, које су закопане у туђем земљишту, опет кад се да cautio damni infecti;² 3) interdictum de migrando, којим кираџија који се сели може тражити, да изнесе своје ствари, које нису заложене^c. Сличан је са њима 4) interdictum de arboribus caedendis^d, којим се тражи дозвола скрсавања или осецања дрвета које је на граници извесног земљишта,³ од стране оног сопственика земљишта, коме би то у необичној мери досађивало, ако сопственик дрвета не би по захтеву овог отклонио незгоду коју би отуда трпио.

Прим. 1 L. un. D. h. t. 43. 28. Ait praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto. §. 1. Glan-dis nomine omnes fructus continentur. Спорно је питање: да ли речи „tertio quoque die“ не означавају размак времена од два слободна дана? Guyet у civ. Arch. XVII. стр. 64 и д., или „сваког другог дана“? Thibaut civ. Abh. стр. 1 и д. Savigny IV. стр. 606 и д. прим. g. Vangerow I. §. 297. (7. изд. стр. 545.). Voigt die XII Tafeln II. §. 151. В. у осталом Grimm у Ztschr. für gesch. Rtsw. III. 11.

2 О једном случају ове врсте в. Seuffert's Arch. IV. 10. 11.

3 L. 1. pr. D. b. t. 43. 27. Ait praetor: Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto. §. 7. Deinde ait praetor: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. §. 8. Quod ait praetor, et lex XII. tabb. efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia du-

a Dig. de glande legenda. 43. 28. cf. L. 9. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. (§. 131. прим. 1. № 2.). b L. 15. D. ad exhib. 10. 4. c Dig. de migrando. 43. 32. (§. 312. 373. прим. 3 d.). d Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. (§. 131. прим. 1. № 1.).

orum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecepitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. B. L. 2. D. eod. Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII. tabb. de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. — Спорно је питање да ли се интердикат који се спомиње у §. 7. односи и на грање, које би било више од 15 стопа? Hugo R. Rts gesch. стр. 204 10. изд. стр. 179 и д. Bekker у Jahrb. d. gem. Rechts V. стр. 170 и д. (в. Basil. LX. 16. cap. 13. ed. Heimb. V. p. 560.); или се односи само на грање високо до 15 стопа? Dirksen у Ztschr. f. gesch. Rtsw. II. стр. 424 и д. Voigt н. н. м. II. стр. 632. прим. 3.; а по другом једном мјењу још и то, да ли сопственик нема права да тражи, да се уклони грање, које се надалено над његовим земљиштем и кад је високо преко 15 стопа? Guyet у civ. Arch. XVII. стр. 31 и д. Против тога Vangerow §. 297. прим. № 4. — О примени ових начела, по аналогији, на жиле, које туђе дрво пушта у нечије земљиште; L. 1. Cod. de interd. 8. 1. В. још Massot у prakt. Arch. н. р. VIII. 12. стр. 281 и д.

§. 348.

Д. Обвеза издржавања каквог лица.

Обвеза на давање оног што је неком нужно за издржавање његово, обвеза издржавања (Alimentationsverbindlichkeit), оснива се на закону,¹ услед сродства са таквим лицем^a. Ту обвезу имају у првом реду отац, за тим мати, а после њих очеви и матерински претци према деци,² али и обратно, на исти начин, деца према њима^b, под претпоставком^c, потребитости, с једне стране, и довољног имања, с друге стране.^d Мера обвезе одређује се по судском нахођењу (extraordinaria cognitione, §. 100. not. e.), према обичају и према положају и имању интересованих лица^d. Право на издржавање може се изгубити рђавим понашањем дотичног^e.

^a Dig. de... alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. 25. 3. Cod. de alendis liberis ac parentibus. 5. 25. ^b L. 5. 8. D. h. t. Nov. 117. cap. 7. ^c L. 5. §. 7. 19. L. 9. D. h. t. L. 2.. 4. Cod. h. t. L. 8. §. 4. i. f. §. 5. i. f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. ^d L. 5. §. 7. 10.. 12. 25. 26. D. h. t. cf. L. 43. 44. 234. §. 2. D. de V. S. ^e L. 5. §. 11. 23. D. h. t.

Прим. 1. Mandry Gem. Fam. Güterr. I. стр. 246 и д. Обвеза издржавања може бити, осим поменутог случаја, заснована уговором или завештањем, в. Dig de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1. и Sonnenschmidt Prakt. Erört. № 15. даље услед кривице, као део обвезе на накнаду штете, L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. (§. 324.. 327.). В. у опште Buengner zur Theorie und Praxis der Alim. Pflicht. 1879. О томе Sternlicht у Wiener Ztschr. IX. стр. 196 и д.

2 Против мјења, које је у ранијим издањима овог уџбеника одобравано, да су очинаки претци обвезани на издржавање пре мајке: Windscheid §. 475. прим. 5. — Између ванбрачне деце и њиховог родитеља не постоји обвеза издржавања по римском праву, L. 7. D. h. t.; изузетак су деца изрођена у конкубинату по Nov. 89. cap. 12. §. 4. 6. cap. 13.; а нарочито је искључена за децу ex damnato coitu, Nov. 89. cap. 15. Но по канонском праву родитељ је у опште обвезан да дà својој ванбрачној деци издржавање, па и оној која су adulterini, cap. 5. i. f. X. de eo qui duxit. 4. 7., а пракса општег немачког права дала је деци и тужбу, којом могу тражити издржавање од њиховог версватног родитеља, који неће да их добровољно призна за своје. Ту обвезу сматрају многи као obligatio ex delicto (обљуба извршена са мајком детином), а и ближе одређе у том погледу врло су спорне. В. Gett die Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft. 1836. Holzschuher I стр. 504 и д. Schoeman у Linde's Zeitschr. н. р. I. 4. Windscheid §. 475. прим. 15. и д. По пракси дато је осим тога и самој обљубљеној женској право тражења накнаде према оном који је обљубу извршио, коју ваља сматрати сасвим као obligatio ex delictio (из ванбрачне обљубе). Seuffert §. 427. 428. Gett н. н. м. стр. 5.. 81. Holzschuher I. стр. 484 и д. В. Seuffert's Arch. I. 83. 153. 227. 228. II. 4. 44. 55. 56. 118. 186. 296. III. 60. 175. 254. 266. IV. 49. 50. 51. 148. 230. 234. 255. V. 175. 176. 290. VI. 47. 200. 201. VII. 49. IX. 165. 247. X. 54. 263. XII. 162.. 164. 333. XIII. 145. 316. XIV. 39. 40. XV. 98. XVII. 247. Sonnenschmidt Prakt. Erört. № 22. У пракси има примера, у којима је чак отац оног који има ванбрачну децу осуђен на издржавање њихово: Sonnenschmidt № 14. — У погледу оцене ових односа, са законодавног гледишта, в. Arndts у krit. Jahrb. X. стр. 232 (civ. Schr. III. стр. 321 и д.), а нарочито Gett theoret. prakt. Ausf. z. L. über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der ausserehel. Kinder sowie der Deflorationsentschädigung. 1851. Arnold über Beschränkung der Deflorations- und Alimentations-, dann der Jnjurienklagen. 1851. Оцену оба дела в. у kritische Ueberschau

I. стр. 310 и д. В. још Emminghaus у prakt. Arch. н. р. VIII. Abh. 8. стр. 176 и д.

3 Има их који су мњења, да таква иста међусобна обвеза постоји међу самом децом: Thibaut Vers. I. 12. arg. L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. D. ubi pupill. 27. 2. L. 1. §. 2. D. de tut. act. 27. 3... Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad diminendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret... aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermisserit. Против тога Müller у civ. Arch. XIII. 13. Ручка §. 316. not. h. „У тим местима нема ништа о томе, а последње шта више говори и против тога“. (?)

4 Оно се не ограничава само на основе, са којих може бити искључена из наслеђа по Nov. 115.: Puggé у Rh. Museum III. стр. 559 и д. Holzschuher I. стр. 707 и д. В. и Wächter II. стр. 598. прим. 8. и уз то Seuffert's Arch. XXXVII. 39.

ГЛАВА ТРЕЋА

о осигурању тражбина јемством.

§. 349.

I. ПОЈАМ ЈЕМСТВА.

За остварење своје тражбине поверилац може доћи до веће сигурности тиме, што ће му се поред правог дужника (главни дужник, *principalis debitor*) обвезати још неко други на исту учинбу, поред оног првог, акцесорно, и према томе, који ће му одговарати само у толико за испуњење исге, у колико га не би главни дужник измирио. Таква на уговору основана обвеза зове се јемство, јамчење, (*Bürgschaft, Verbürgung*).¹ Оно се разликује од појачавања какве облигације од стране самог дужника (§. 240), тиме, што је овде неко други а не сам дужник, који прима на се одговорност

за њено испуњење. Од општег карактера солидарних и кореалних облигација (§. 213..215.) разликује се опет тиме, што обвеза јемца стоји према обвези главног дужника у акцесорном односу и ову последњу претпоставља, а код оних су више лица обвезани једнако и самостално као главни дужници за један исти предмет.²

Прим. 1. В. у опште: die Bürgschaft, nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt von W. Girtanner 1850. 51. Hasenbalg die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

2 Кореална обвеза може, истина, тако бити закључена, да је у материјалном погледу таква и да иде на то, да један кореални дужник јемчи за другог или обојица јемче узајамно један за другог, те се један од њих обвезује на цело, ма да га се облигациони однос по свом основу управо никако не тиче или бар само у некој извесној мери. При свем том тај се случај не може рачунати као јемство у правом смислу, кад се према повериоцу један не јавља као главни дужник, а други као акцесорно обвезани. Girtanner стр. 315 и д.

II. ОБЛИЦИ ЈЕМСТВА.

A. По римском праву.

§. 350.

1). *Fideiussio*^a.

Најглавнији је облик јемства по рим. праву *fideiussio*^a, т.ј. у облику стипулације¹ примљена обвеза јемствовања за испуњење какве облигације, за плаћање дуга неког другог^b. Као акцесорна обвеза^c она је условљена постојањем главног дуга^d, ма на који начин он постао^e, али се може учинити стипулација у погледу главног дуга, који ће тек постати^f. *Fideiussio* се може

^a Inst. de fideiussoribus. 3. 20. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 40. (41.) ^b L. 2. pr. (in pr.) Cod. h. t. pr. J. h. t. L. t. §. 8. D. de O. et A. 44. 7. ^c §. 5. J. h. t. ^d L. 70. §. 4. D. h. t. ^e L. 1. 2. L. 8. §. 1. 3. 5. 6. D. h. t. cf. L. 4. pr. L. 8. §. 12. eod. ^f L. 6. §. 2. L. 57. D. eod. §. 3. J. h. t.

потпуно учинити и за *naturalis obligatio^g*, и према томе се фидејусор може јаче обвезати но главни дужник.² Но *fideiussio* не вреди, кад је безусловна за дуг који је услован^h, или кад је учињена под условом који није онакав какав је за главни дугⁱ, ако би онај први дошао до испуњења раније, као и онда, кад је учињена за нешто друго^k, или нешто више^l, но што је главни дуг или кад је учињена под тежим условима н.пр. у погледу времена и места испуњења, но што је главни дуг (*fideiussio in duriorem causam^m*, а вреди, кад је учињена под лакшим условима но што је главни дуг (*fideiussio in leviorem causamⁿ*).³ Пуноважна фидејусија ствара *actio ex stipulatu*, која се може подићи против фидејусора, који је обвезан онако као кореус главног дужника^o.⁴

Прим. 1. Обичан облик стипулације у том смеру био је: *Idem fide tua esse iubes?* са одговором: *fide mea (esse) iubeo;* отуда име *fideiussio*. Gai. III. 116. IV. 137. cf. §. 7. J. h. t. L. 8. pr. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. L. 10. Cod. de contrah. stip. 8. 37. (38). Општијег је значаја назив *adpromissor*. L. 43. D. de solut. 46. 3. L. 5. §. 2. D. de V. O. 45. 1. — О спонзији (*sponsio*) и фидејусији (*fidepromissio*) као особитим облицима јемства у путу стипулације (*adpromissio*) у старијем праву в. Gai. III. 115..127. У Јустијанову праву немају више те њихове особитости *Spondere*, *sponsor* (sc. pro alio) значи у Јуст. праву то исто што *fideiubere* и *fideiussor*, L. 26. pr. (in pr.) Cod. h. t. §. 8. J. de mand. 3. 26. На другим местима је први израз избрисан или у место њега овај последњи уметут н.пр. L. 16. pr. D. h. t. L. 48. pr. D. de min. 4. 4. cf. Pauli sentt. I. 9. §. 5. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 177. Girtanner стр. 4 и д. стр. 103 и д. в. Bekker proc. Consumption стр. 182 и д. Hasenbalg стр. 3 и д. — Само изузетно признаје се већ по римском праву обвеза ове врсте, са истим дејством, и без *verborum obligatio*: L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7.

g L. 6. §. 2. L. 7. L. 16. §. 3. 4. eod. §. 1. J. h. t. h L. 8. §. 7. D. h. t. L. 70. pr. §. 1. D. eod. k L. 42. D. eod. cf. α) L. 70. §. 2. eod. β) L. 8. §. 8. eod. γ) L. 38. pr. срав. са L. 8. §. 10. eod. l §. 5. J. h. t. m L. 8. §. 7. 10. L. 16. §. 1. 2. L. 34. D. h. t. n L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

2 Вреди ли *fideiussio* и за обвезу (дуг), који је потпуно без важности? срав. L. 25. D. h. t. Marcellus scribit: *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiussor serit, magis est, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit: ca L. 6. D. de V. O. 45. 1... et ideo nec fideiussor pro eo (sc. cui bonis interdictum est) intervenire potest sicut nec pro furioso^o*; и о томе Girtanner стр. 21 и д. Hasenbalg стр. 93 и д. Brinz 2. изд. §. 255. прим. 24.

3 L. 8. §. 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest; enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. B. Gai. III. 126. In eo quoque iure par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur etc. Girtanner стр. 27. и д. Bekker стр. 195. и д. Hasenbalg стр. 180 и д. 208. 212 и д.

4 Мњење које сад још влада сматра да је фидејусор прави кореус главног дужника. В. књижевност код Samhaber-a Correalobl. стр. 170. прим. 29. Но то мњење, које већ не одговара самом појму *fideiubere*, није основано на изворима. Поред тога ни саме присталице овог мњења не могу а да свуда не признаду битне разлике између фидејусије и кореалног односа, које потичу с једне стране, из акцесорне природе фидејусије и разне правне природе *obligati-je fideiussoris*, која је увек била *verborum obligatio*, и с друге стране из природе главног дуга, који је могао бити *obligatio quovis modo contracta*. Girtanner стр. 39. 74. и д. Против тога и Bekker н. н. м. стр. 218. 221. и д. и др. у Samhaber-a н. н. м. Dworzak у krit. Ueberschau IV. стр. 69 шта више примењује да је за њега „права акцесорна кореална облигација *contradiccio in adiecto*“. Али кад он вели, на истом месту стр. 62: „јемац је по старом праву главни дужник, а по Јуст. праву није више correaliter обвезан“, према томе, кад узима, као што изгледа, да је тек са Nov. 4. cap. 1., услед овде датог му *beneficium-a excussionis*, *obligatio fideiussoris* постала у правом смислу акцесорна, онда он брка појмове „субсидијерно“ и „акцесорно“. Акцесорна је и остаје таква облигација фидејусора и онда, кад се он одрече оног доброчинства, коме пре Nov. 4. није било места у сваком случају, па ма то било и на основу нарочитог договора. Доцније је и сам Dworzak напустио тај свој отпор против ко-

реалитета фидејусије, Haimerl's Vierteljahrsschr. VIII. књижев. стр. 59. Но против тога опет у новије доба Fritz u Linde's Ztschr. n. р. XVIII. стр. 381 и д. Baron Gesamtrechtsverhältnisse стр. 262 и д. Brinz 2. изд. II. стр. 182 и д. Wächter II. стр. 509.

§. 352.

2). Тзв. constitutum debiti alieni.

По преторском праву и обећање које није учињено у прописној форми, у погледу исплате свог или туђег дуга, стварало је тужбу којом се могло тражити његово испуњење, *actio constituae pecuniae* или *constitutoria*^a. Но ваља приметити то, да је та тужба по Едикту наступала само у случају, ако се предмет дуга састојао у замењивим стварима и у извесним случајима само са ограничењем на годину дана, али је Јустинијан укинуо оба та ограничења^b. Кад је такво обећање учињено у погледу туђег дуга, тзв. *constitutum debiti alieni*,^c онда у томе може бити и јемство и тиме постати обвеза која је по садржини једнака са фидејусијом, која се од ње разликује у формалном погледу. Та обвеза подудара се са фидејусијом у томе, што и она за њену важност претпоставља облигацију, која постоји бар као *naturalis*^e, или бар, кад је раније постала, да је таква обвеза за тим постала,^f и да поред главне, не ништећи је, постаје нова (акцесорна) облигација конституента^g, која не може нешто више обухватити но што обухвата главна^h. Од фидејусије разликује се опет тиме, што за изјаву воље не захтева никакву одређену формуⁱ, што није као фидејусија невредећа, ако је условљено безусловно плаћање условног дуга^j, или ако је обећана већа сумма но што је главни дуг^k, већ се узима, да је прећутно у првом

a Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. 4. 18. cf. Theophil. ad §. 8. J. de actione 4. 6. b L. 2. Cod. h. t. c L. 1. §. 1. 6.. 8. L. 3. §. 1. L. 18. §. 1. D. h. t. d L. 18. §. 3. cf. L. 19. pr. eod. e L. 11. §. 1. L. 12. 13. eod. f L. 14. §. 3. eod. g L. 19. pr. §. 1. eod. L. 2. §. 1. (pr.) Cod. h. t. h L. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 4. §. 8. L. 2. eod.

случају допуњена условом под којим је закључен главни дуг, а у другом случају да је сума сведена на ону коју преставља главан дуг; што се код конститутума може обећати плаћање и на другом месту и о ранијем року^l, или неком другом а не досадањем повериоцу^k, па чак обећати пуноважно и нешто друго а не оно што је предмет главног дуга^l.

Прим. 1. О конститутуму у опште види темељну расправу Bruns-a у Ztschr. f. Rechtsgesch. I. стр. 28. и д. Klein. Schr. I. стр. 221 и д. (горе § 240. прим. 4.), а о конститутуму туђег дуга посебице и његову односу према фидејусији, стр. 70. 97. и д. По његову излагању сасвим је убедљиво показано, да је конститутум не само по форми већ и по својој природи, још испочетка, био нешто разно од фидејусије, да он није као фидејусија заснива гарантовање за испуњење туђе облигације, већ само обвезу на извесну учинбу, за коју се претпоставило, да се дугује и да је та обвеза у почетку имала свој утврђени рок, као што се још и у најновијем праву може јављати као просто обећање плаћања нечег што други дугује, разликујући се од јемствовања за другог. По том истом истраживању, признаје се, да по слободнијем развоју који је ова установа добила у најновијем праву, конститутум је могао имати у материјалном погледу исти обим и садржину коју и фидејусија, а с друге стране наглашено је, да не треба предвидети, да је могуће било, да се и ова, на основу особитог договора, ограничи само на извесно плаћање за дужника, без икаквог даљег одговарања за истог, а код stricti iuris obligatio quantitatis шта више, да је по себи била на то ограничена. В. Hasenbalg стр. 744.. 816. Brinz 2. изд. §. 257. стр. 197 и д., оступа истину у многом од Брунса, али опет (прим. 17.) вели: „да би требало мњење Брунсово, које је на солидној основи засновано, више узети у оцену но што би га ваљало сузбијати“. В. још Lenel Ztschr. f. Rechts gesch. XV. Rom. Abth. стр. 62 и д. Bekker тамо XVI. стр. 1 и д.

2 По L. 18. §. 1. D. h. t. Едикт је гласио: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*. Према томе, ако се дословно узме, дуг је морао постојати већ у тренутку обећања исплате; в. L. 1. §. 8. eod. L. 35. D. de fideiussor. 46. 1. Отуда је и потекло спорно питање: *an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri et an pure constituta*

i L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. eod. cf. L. 21. §. 1. eod. k L. 5. §. 2. eod. cf. L. 7. §. 1. eod. l L. 1. §. 5. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. 2. eod.

pecunia contracta valeret? које је Јустинијаново право решило у афирмативном смислу. L. 2. §. 1. (pr.) Cod. h. t. L. 19. pr. D. h. t. По L. 2. Cod. cit., нарочито после речи §. 1. a. (pr. in f.), „et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari“, неће се моти узети, да у горе назначеном погледу још постоји разлика између конститутума и фидејусије (§. 350. not. f.). Girtanner стр. 47 и д. стр. 105 и д. Bruns н. н. м. стр. 51 и д. 70 и д. 89 и д. 100. Kl. Schr. стр. 241 и д. 258 и д. 274 и д. 284 и д. Против тога Brinz 2. изд. §. 257. прим. 21.

§. 352.

3). Тзв. mandatum qualificatum или кредитни налог, позив,
(Creditauftrag).

Ко неком да налог, да може неком другом дати кредит т.ј. да може с њим какав праван посао закључити, по коме би постао повериоцем тога н.пр. да му да зајам^a или да одложи извршење каква тражбине која му већ припада^b, тај одговара као овластилац таквом повериоцу за то, да ће му се услед испуњења учињеног налога платити његова тражбина^c. То дејство наступа и онда, кад овластилац нема никаквог интереса у томе што ће се испунисти налог, само ако је показао вољу, да за опасност давања кредита одговара^d, па и онда, кад је овлашћеник (мандатар) био вољан, да и без поруке да кредит^e. На тај се начин и у облику овлашћења може примити у ствари јемствовање за већ постојећи или будући дуг неког другог^f. Тужба против таквог јемца јесте actio mandati contraria^g. Његова се обвеза, у погледу њене садржине и њених претпоставака, цени у опште по начелима о овлашћењу (мандату)^h, те по томе му може припасти и обратно mandati directa actioⁱ. Но у

a §. 6. J. de mand. 3. 26. L. 6. §. 4. L. 12. §. 13. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. b L. 12. §. 14. D. mand. c L. 12. §. 14. L. 21. in f. eod. cf. L. 28. eod. d L. 6. §. 4. cit. L. 24. D. de fideluss. 46. 1. L. 48. §. 1. D. mand. 17. 1. (§. 291. прим. 2.). e L. 71. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1. f L. 32. D. mand. 17. 1. g L. 12. §. 13. in f. eod. h L. 12. §. 11.. 14. eod. L. 27. §. 5. eod. i L. 6. §. 4. eod.

ствари је и та обвеза, као и обвеза фидејусора и конституента, акцесорне природе, јер мандатски однос ствара облигацију такве врсте, само под претпоставком постојања или постајања обвезе неког другог, која према томе излази као главна обвеза.²

Прим. 1. Битна материјална једнакост кредитног налога и фидејусије огледа се јасно у честом изравњавању mandator-a и fideiussor-a н.пр. у rubr. tit. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. и Cod. 8 40. (41.), што је и у опште исказано у L. 32. D. mand. 17. 1. In summa quicumque contractus tales sunt, ut quicunque eorum nomine fideiussor obligari posset (possit), et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo (multum) referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. Та се сродност показује и у изразу „mandatorem creditoris suo dare“ у L. 58. §. 1. D. mand., који се употребљава у смислу „дати јемца“, као и у изразу „fideiussorem dare“ у L. 1. 2. pr. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. L. 1. D. si quis in ius voc. 2. 5. и др. С тога се и порука фидејусије испуњава у виду тзв. mandatum-a qualificatum-a. L. 62. §. 1. D. mand. cf. Basil. XIV. 1. cap. 62. §. 1. В. и Brinz krit. Blätter № 4. стр. 21 Pand. 1. изд. стр. 626. „Фидејусија... у њеним првим зачетцима није била ништа друго до стипулирани мандат“. — Windscheid §. 412. № 2. примећује: да су Римљани „уговор којим некоме гарантује, да неће никакву штету претрпети, услед неке радње коју мисли да предузме“ с тога „уврстили у категорију мандата, што би иначе без стипулационе форме био без вредности“. Виндшајд га за данашње право, ставља „у његову засебну категорију“, као уговор гарантована (Garantievertrag), а као главни облик његове примене истиче тзв. mand. qualificatum. Но на то ваља приметити то, да овај последњи никако не обвезује само на накнаду већ стварно претрпљене штете оном који је дао кредит, већ да се може и тако закључити, да мандатар може манданта тужити за накнаду без икаква даља разговора, кад му онај коме је дао кредит не плати (в. §. 355.). Тако исто је и фидејусија била уговор гарантована закључен у облику стипулације.

2 Али свакојако мандант може бити обвезан и онда, кад је дао налог за какав посао, из кога није потекла ни обвеза мандатарова ни обвеза трећег н.пр. кад је посао закључен са умно болесним или са расипником. Но у овом случају не може бити говора о одговорности првог за тражбину мандатара, за испуњење обвезе

другог (§. 349.). Тако се, ван сваке сумње, могао у путу стипулације обећати предмет какве потпуно иштавне тражбине. Ако то није могло бити у путу фидејусије (§. 350. прим. 2.) томе је узрок особита природа те стипулације (в. Gai. III. 119. 119. а.). Но и у првом случају није постојало јемствовање за туђу обвезу.

§. 353.

В. По данашњем праву.

У данашњем је праву нестало стипулације и по томе и формалне разлике између фидејусије и конститутума туђег дуга. Но и по данашњем праву могуће је обећање плаћања у погледу туђег дуга, остављајући у важности обвезу правог дужника, али то бива у другој намери, а не да се тиме да повериоцу сигурност за испуњење његове тражбине и другом смеру, а не оном каквом има римска фидејусија и каквом се исказује данашњим изразом „јемство“.¹ Али како је данас при закључивању јемства битна воља дотичног, да се поред главног дужника за обвезу истог његовом повериоцу обвеже, а не облик и изражак којим је та воља учињена, то се у данашњем јемству налазе у једно фидејусија и конститутум и према томе су, по себи, отпала она ограничења, која су постојала код фидејусије, услед њене особите формалне природе.² Тако се исто ни тзв. *mandatum qualificatum* (кредитни налог, Creditauftrag, Borgauftrag) не може сматрати као уговор, који се битно разликује од уговора јемства. За исти је битно само то, да је ту изрично или прећутно исказана воља јемства за будући или већ постојећи (и на даље веровани) дуг неког другог. Како је та у ма каквом облику исказана воља у опште оно што саставља појам јемства у данашњем смислу, то је и он у сваком случају право јемство, које је само тиме условљено, да је поверилац дао кредит на основу мандата који још важи. Материјалне разлике између јемства основаних на мандату и обичног јемства, према томе, нема.³

Ако би обвеза ишла даље но што је смер јемства, да повериоцу гарантује за испуњење његове тражбине, као што је то могуће било још у римском праву код конститутума (§. 351. not. i...l.), а у још већој мери у виду акцесорне стипулације, која није била везана за форме фидејусије (§. 268. прим. 5.), онда се такав посао може, с правом, у толико сматрати да није више јемство или бар да није чисто јемство.⁴ Но по данашњем праву, такав договор, по правилу, вреди и има потпуно дејство, па шта више и такав договор, по коме се јемац обвежује баш изрично и намерно, да плати више но што износи главни дуг (§. 351. not. h.), а да у томе не мора бити поклон који се чини повериоцу,⁵ ма да се може десити, да се тиме ишли на поклон, који ће се у том случају ценити по правилима о поклону.

Прим. 1. Тако н.пр. да се *donandi causa* или са каквог другог основа прими дуг на се а у корист дужника, а да се поверилац опет за то не одрече свог права тражења према овом последњем. Bruns н. н. м. стр. 98. Kl. Schr. стр. 283. Seuffert's Arch. XIV. 32. У таквом се случају однос управо обрнуо. Ту је конституент управо *principaliter* обвезани, а поверилац полаже на облигацију дужника само ради своје веће сигурности. Друкчије је, кад нови дужник ступи на место старог (*expromitendo*, §. 268. прим. 7.). Но и по римском праву могао се такав исти материјалан успех постићи и уговором који није имао прописну форму, када би уз конститутум у исти мах придошао *pactum de non petendo* закључен са дужником. Bruns н. н. м. Тај исти резултат могао се постићи и са фидејусијом *donandi causa* у вези са *pactum de non petendo in personam*, закљученим са главним дужником.

2 Ко „јемчи“ тај обећава да ће платити ако главни дужник не плати и обратно ван сваке сумње „јемчи“ онај који обећа, да ће платити нешто што други дугује, ако дужник сам не плати. То „ако“ разуме се по себи и код обећања плаћања, које не би хтело да буде нешто више но што је то конститутум у смислу римског права. На тај је начин дошло до тога, да је мњење које влада узело, да су у данашњем праву фидејусија и конститутум спојене у једно. Историски развој овог наука в. код Girtanner-a стр. 163..198, а његово сопствено мњење на стр. 373 и д. Но в. Windscheid §. 476. и прим. I. 4. уз тај §., прим. I

у §. 351., прим. 5. уз §. 355. Vangerow III. §. 579. Sintenis II. §. 129. прим. 36. Samhaber Correalobl. стр. 172 и д. Као се у овом погледу нарочито наглашује субсидијерна природа јемства, као што то чини Sintenis и. н. м., то не ваља изгубити при томе из вида, да субсидијаритет у његовом најстрожијем значењу (§. 355. прим. 1.) не спада у битне црте јемства (§. 350. прим. 4.), а у другом смислу да и само обећање плаћања може бити субсидијерно. Но у колико би обећање плаћања ишло на нешто више или на нешто друго а не осигурање повериоца, то је у том случају *constitutum* и акцесорна *stipulatio debitum* уједно. Römer bedingt Novation стр. 298 и д. — У новије доба Hasenbalg стр. 817 и д. 867 и д. бори се са великим одлучношћу против мњења о спајању фиједусије и конститутума туђег дуга и тврди, да обе установе, неизмирљиве међу собом, постоје и данас једна поред друге „онако исто као и у римском праву, са том једином разликом, да данас за закључење фиједусије није више потребна форма стипулације“. На то се може приметити то, да је конститутум у римском праву само за то играо неку засебну улогу, што је изузетно од правила стварајући облигацију и без стипулације, а да се у путу стипулације могла увек створити таква иста обвеза, па и без оних ограничења која су била у природи конститутума. Тада се смер данас постизава уговором за који није прописана никаква форма. И тако је данас у сваком случају битно то, да ли је смер учињеном обећању плаћања нечег што други дугује то, да се тиме да повериоцу сигурност, за случај кад дужник не испуни своју обвезу. Против спајања обе установе је и Brinz 2. изд. §. 255. прим. 6. §. 257. стр. 197 и д. „... па чак и онде где конститутум замењује јемство, природа му је начелно различна од овог“... „у сваком случају конститутум се замишиља као нешто што се разликује од фидејусије и из те разлике мисли а не из форме потекле су разлике између те две установе. Према томе не може бити, да су разлике између њих отпаде само за то, што свака од њих може постати на основу уговора, за који није прописана никаква форма... но сумњу изазива... пракса“. Wächter, на против, §. 222., мисли да *constitutum* није „ништа друго до јемство, закључено у облику простог pactum-a“, осим ако том приликом „не би биле дате повериоцу какве користи, којима је смер нешто више од простог осигурања поверилачке тражбине“. В. прим. 3. на kraju.

З И то је било неко време мњење које је владало. У најновије време већина писаца тврди противно, па тако и Girtanner стр. 196 до 198, 373, 540 и д. Али ко неком дà налог, неког позове, да неком позајми новаца или да га причека, са изричном

изјавом, да то бива на његову опасност, да му за то одговара (*periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit*), тада је по римском праву обvezan ex mandato. L. 12. §. 13. 14. D. mand. 17. 1. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. А ван сваке је сумње да је једно исто кад се каже: „позајми, ја јемчим“ и обвеза тиме примљена није ни мало друкчија од оне коју прима на се, кад каже: „ако позајмиш, ја јемчим“. И тамо и овде имамо изрично примљену обвезу, да гарантује за будућу или већ постојећу обвезу поред дужника, као што дефинише јемство Girtanner стр. 315. Али ако се данас јемство у опште *nudo consensu* оснива, то је опет неосновано за то тражити изричну изјаву воље, а како је за обвезан мандат (*qualificatum*) нужна бар прећутно изјављена воља, да дотични одговора за тражбину (L. 2. §. 6. L. 6. §. 4. 5. D. mand.), то је у томе увек јемствовање онакве врсте, какво данас у опште бива. Околност да „мандат обвезује повериоца на противучинбу“ (Girtanner стр. 373.), што у осталом није битно, не стоји у сукобу са појмом који је постављен на стр. 315 и уговорање (изрично или прећутно) какве противучинбе слаже се са сваким данашњим јемством, које данас у опште ваља ценити као *bonae fidei negotium*. В. и Helmolt Correalobl стр. 98. Противно томе Brinz-y, 1. изд. стр. 626., изгледа немогуће, да се по данашњем праву мандат и фидејусије губе један у другом, ма да је баш он који је нарочито нагласио, „јер је fideiussio обећање које одмах везује, а мандат дозвољава одустанак *re integra*“. Али зар по рим. праву није могло бити фидејусије за будући зајам са задржавањем права одустанка до фактичке исплате (н.пр. *centum quos mutuos Titio dabo, nisi interea vetueris, eosdem fide tua esse iubes?*)? И зар не би било јемство по данашњем праву, кад обећам, да ћу јемчiti за зајам који се мисли тек да закључи, у колико пре тога исплату не спречим? Па баш и кад би се подјемчио и без задржавања тог права, па на време опоменем повериоца да не исплаћује, с тога што сам, може бити, сазнао да је онај који узима зајам несигуран, тешко да ће моћи поверилац који је тако опоменут дати зајам *meo periculo*. — Овде исказано мњење нашло је на неодобравање са више страна. Тако Samhaber и. н. м. стр. 173 примењује: „кредитни налог је, у сравњењу са другим јемством, посао друге врсте и другог приватно-правног састава, а не само промењени израз једног истог посла и у разликама које би биле од практичног значаја неће бити никад оскудице“. Али ја нити видим нити могу да признам какве разлике међу њима, које би потискале из различне природе једног или другог начина јемствовања, а не

могу их признати ни за могуће, јер се између њих не може повући нека начелно одређена граница. Мандатор се обвезује да јемчи за дужника. Ко се тако обвеже, он је или постаће јемац, било да је то изрично казао или не. Кад А. изјави да је вољан да пријатељу В-а дà зајам, ако В. јемчи и В. изјави 1) „дај му зајам на моју одговорност“, то је В. мандатор и одговара као јемац, ако се зајам дà. Ако би казао 2) „Јест, ја јемчим за зајам“ то он одговара тако исто и у том се случају јемачка обвеза не може сматрати као однос некакве друге приватноправне природе, као што се ни онда, кад би В. и једно и друго изјавио, не може узети, да отуда потиче неко јемство двоструке природе. Samhaber стр. 174. прим. 45. критикује, још посебице, став мало више исказани. „Такав одустанак [вели] чини ми се... може бити баш само код кредитног налога“. На то би му се могло ставити питање: да ли би он у случају 2) осудио В. да врати зајам, кад би А. и ако је опоменут, исплатио зајам, па би онај који је примио новац побегао? Питање није у томе. Овде је реч о томе, да ли постаје јемство друге врсте, кад је зајам исплаћен у случају 1) кад мандат није опозван, и у случају 2) кад се В. није користио задржаним правом забране исплате, које му припада, било по закону било изричној одредби. Кад се у тексту вели: „у кредитном налогу постоји право јемство, које је само тиме условљено, да је поверилац на основу датог му мандата дао кредит“, то се, разуме се, претпоставља, а то је сад изрично наглашено, да је мандат још у снази, дакле да није опозван. С тиме отпада и други приговор који би се могао учинити: мандат престаје смрћу манданта; ако би мандатар знајући о томе тек после исте поступио по учињеном му кредитном налогу, без поновљеног одобрења наследника, онда наследници не одговарају. Важи ли то исто и за случај, кад се тестатор у опште обвеже, јемчи, за будући облигациони однос, који је постао тек после његове смрти по вољи и слободном решењу повериоца? По немачким правима, истина, и потпуно основана обвеза јемства, није прелазила на наследнике, али како је тај став по општем немачком праву застарео (Arndts у Heimerl's Vjschr. VI. 6., сiv. Schr. III. стр. 240 и д.), то би се с правом могло тврдити, да не вреди, ма да би се у законодавном погледу могло желети, да тај став важи и за тај случај. Против мњења које се овде заступа в. сад још Brinz 2. изд. §. 255. прим. 6. §. 257. Wächter II. §. 202. Дод. II. и стр. 512. — У законодавном погледу могло би се у осталом још и ово приметити: кад какво законодавство прописује за јемство какву особиту форму н.пр. писмену изјаву, хоће ли се допустити, да је одговорност

на основу кредитног налога и без те форме основана? Бавар. пројекат II. чл. 897. сасвим с правом прописује писмену изјаву и за кредитни налог, попшто је у чл. 868. прописао то исто за уговор јемства, јер у чл. 898. сасвим правилно цени, да овластилац у погледу зајма који је на основу његовог налога учињен, ступа у положај јемца. — В. Bruns у Holtzendorff-овој Енциклопедији I. стр. 341, 4. изд. стр. 486. и д. Schletter's Jahrb. XIV. стр. 11. и д. где је наведено једно решење највишег суда против отказивања јемства за будући дуг. Другог је мњења Dernburg Pand. II. §. 77. 78. који заступа мњење, да је конститутум у данашњем праву отпао и да за квалифицирани мандат важе начела о мандату.

4 Конститутум *in aliam rem* може се, као што чини Girtanner стр. 377 и д. сматрати као јемство са уговором *datio in solidum*, а у другим случајевима као јемство са споредним уговором о року плаћања или месту плаћања. Тако и по Бавар. пројекту II. чл. 864. јемац може задржати за се право, да измири повериоца са каквом другом учинбом, а не са оном на коју је управљен главни дуг. Но код таквих оступања од главног дуга може се с правом поставити питање, да ли управо обећање плаћања иде на то, да се поверилац осигура? в. прим. 1. 2. Међу тим има их који с обзиром на те случајеве праве разлику између јемства (*fideiussio* у данашњем смислу) и конститутума, по имену само н.пр. Seuffert §. 388. или и по практичним последицама н.пр. Vangerow III. §. 579. в. §. 355. в. прим. 1. 5. В. прим. 2. на крају.

5 Тако н.пр. јемац може обећати доцније плаћање са интересом или у место овог већу суму, а међу тим дужник није био обвезан да плаћа интерес; то није никакав поклон повериоцу. И иначе примање какве текже обвезе може бити противучинба за нешто друго или са каквог другог основа а не *donandi animo*. Како јемство данас није везано за какву форму и како су данас сви уговори туживи, то се може уз јемство уговорити много што шта што по римском праву није вредило као конститутум и што се не може сложити са стипулационом формом фидејусије. То је *quaestio facti*, у колико у том случају доиста постоји јемство. В. у осталом Girtanner стр. 381 и д. Са гледишта данашњег права не може се ссудити ни оно што Хес. пројекат IV. 2. чл. 587. наређује: „Ако се неко зајемчи за лице, које се не може само и пуноважно обвезати, то он одговара, ако није што друго уговорено, дотле као и сам дужник, док не узмогне доказати, да му је такав карактер дотичног лица био непознат“. Јер ко у знану јемчи по обећању које је напишавно због недостатка правне спо-

собности у оног који га даје, тај мора дозволити, да се према њему употреби тумачење, да он јемчи не за испуњење туђе обвезе која не постоји, већ за учинбу коју је други на ништаван начин обећао. Остављајући на страну питање доказа то се питање мора тако исто решити и по општем немачком праву. Brinz 2. изд. §. 255. прим. 24. „Код нас... ће се моћи говорити о „јемству“, где је у начелу била помисао на задужење, али falsa demonstratio non poset“. Бавар. пројект II. чл. 863. има такву исту одредбу само за случај, кад је зајемчена обвеза због недовољне правне способности дужника оспорљива, те према томе изгледа да по arg. a contrario то исто не вреди и за случај гиштавости и само под том претпоставком одобрава је Lang Krit. II. стр. 193. По аустријском закону, зак. §. 1352, чак је и јемац, коме је била непозната правна неспособност главног дужника „обвезан као заједнички садужник“.

III. ДЕЈСТВА ЈЕМСТВА

§. 354.

A. Одговорност јемца у опште.

Јемац одговара повериоцу, по правилу т.ј. у колико се није у поједином датом случају обвезао само са ограничењем или са другим каквим изменама^a, за испуњење обвезе, за коју јемчи^b, у истом обиму као и главни дужник^c. Према томе он одговара и у погледу прираштаја или измена у садржају обвезе, које су изазвате кривицом или доцњом главног дужника^d, нарочито одговара за интерес због доцње^e. Но не одговара и за уговорен интерес, ако није још у почетку без ограде примио се јемства за дуг који је био са интересом или ако се јемство није нарочито распрострло и на обвезу плаћања интереса^f. С друге стране јемац је одговоран, и то само као такав, кад је главни дуг бар као naturalis

a L. 6. §. 1. L. 8. §. 7. L. 9. 34. D. h. t. 46. 1. §. 350. прим. 3. §. 351.
not. h. 1. b L. 68. pr. §. 1. D. h. t. 46. 1. cf. L. 58. pr. eod. c L. 56.
§. 2. eod. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. d L. 58. §. 1. D. h. t. 46. 1. L. 88. 91.
§. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 24. §. 1. D. dd usur. 22. 1. e L. 54. pr. cit. L. 3.
§. 1. (L. 2. §. 12.) D. de adm. rer. ad civ. p. 50. 8. f L. 10. Cod. h. t. 8. 40.
(41.) L. 4. Cod. de usur. 4. 32.

obligatio добио правну важност^g и по правилу само са ограничењима које постаје и за главан дуг^h, али се опет не може користити оним правима која припадају главном дужнику само са личних основа, осим ако нису настутиле особите претпоставкеⁱ. Ако неко јемчи за јемца (fideiussor fideiussoris, а по данашњој терминологији и fideiussor succedaneus, пајемац, Afterbürge, Ueberbürge или Nachbürge)^j, то за таквог јемца облигација је првог јемца главни дуг, по коме се одређује његова обвеза^k. У осталом и код јемачке обвезе примењују се општа начела о облигацијама^l. Више јемаца, у сумњи, одговарају in solidum^m.

Прим. 1. Докле иде одговорност јемца биће у већини случајева quaestio facti. Посебице је спорно питање о одговорности за интерес од главног дуга. B. L. 54. pr. D. 19. 2. 2 Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur...? Paulus respondit: si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudicis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen quem fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? vel ita: indemnem me praestabis? L. 68. §. 1. D. h. t. Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiussent,.... lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant non in omnem conductionem, decrevit, fideiussores in usuras non teneri etc. Што се у последњем месту не узима да постоји обвеза плаћања интереса због доцње, то се објашњава из строге природе фидејусије, која је управљена на certa pecunia, што је имало утицаја и на L. 8. D. 13. 4. Према томе за данашње право, у коме се не води више рачуна о томе, та места немају важности. В. у опште

g L. 6. §. 2. L. 57. D. h. t. 46. 1. L. 15. pr. eod. §. 350. not. f. g. §. 351.
not. e. §. 352. прим. 2. в. §. 217. not. p. q. h L. 8. D. de eo quod certo loco.
13. 4. L. 19. D. de except. 44. 1. i L. 7. pr. D. 1. с. в. §. 357. прим. 5.
k L. 8. §. 12. L. 27. §. 4. D. h. t. 46. 1. l L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1.
L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. m §. 4. J. h. t. 3. 20.

Girtanner стр. 385. и д. 409. и д. Hasenbalg стр. 249. и д. 261. и д. О обиму одговорности конституента који потпише заједничку задужницу в. случај, који је саопштио Stammleger у pract. Arch. XIV. стр. 85 и д.

2 B. Brinz 2. изд. II. стр. 189 и д.

§. 355.

В. Защитна срества јемаца.

Јемац је, по себи и по правилу, обвезан повериоцу поред главног дужника и у истој мери као исти, тако да поверилац може, по свом избору, подићи тужбу за дуг против једног или другог, а ако има више јемаца против оваког међу њима^a, осим ако се јемац није обвзет само на давање накнаде повериоцу, ако га дужник потпуно не измири, дакле као тзв. јемац за накнаду (Schadlosbürge, fideiussor indemnitas)^b. Али и кад то не би био случај, јемац има против те тужбе ова особита правна срества:

1) правно доброчинство претходне тужбе, тзв. beneficium excussionis sive ordinis^c. На основу тог права јемац може у путу приговора (ексцепције) сузбити тужбу повериоца тражењем, да прво тужи главног дужника и да њега тужи само у колико се не би од истога наплатио.¹ Но том приговору нема места, нешто по изричној законској одредби а нешто по разумном и праксом утврђеном тумачењу: а) кад је главни дужник осутан, а јемац га не добави у року који му суд одреди² или кад би иначе његово тужење било теже но што је тужење јемца н.пр. због стечаја главног дужника;³ б) кад поверилац нема више тужбу према главном дужнику или кад је никако није ни имао,⁴ а тиме није потрвена важност самог јемства; с) кад се

^a L. 5. 7. 9. 19. 20. Cod. h. t. 8. 40. (41.) L. 56. pr. L. 60. pr. C. mand. 17. 1. L. 7. D. quod cum eo. 14. 5. ^b L. 41. D. h. t. 46. 1. L. 116. D. de V. O. 45. 1. ^c Nov. 4. cap. 1.

јемац овог правног доброчинства одрекао, кад је примио на се јемство или доцније, изрично или прећутно по самом облику или начину или по ближим одредбама под којима се примио јемство;⁵ д) кад се јемац одрекао јемства злонамерно⁶. Јемац за тим има

2) кад су се више њих за један исти дуг зајемчили (confideiussores), правно доброчинство поделе (beneficium или auxilium divisionis)⁷, по одредбама §. 215.⁸ но и то је доброчинство искључено за случај, кад га се јемац одрекао и кад је злонамерно порекао јемство^f, а тако исто не може се њиме користити јемац стараоца према малољетнику^g. На послетку јемац може

3) у путу doli exceptio издејствовати, да му поверилац који га тужи уступи његову тужбу према главном дужнику, односно према сајемцу^h; то је тзв. beneficium cedendarum actionum.^{7,8}

Прим. 1. Nov. 4. коју је издао Јустинијан а. р. Chr. 535. вели у cap. 1. по тексту vulgat-e versio (изд. Хајмбаха): Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem accepit... veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit.... Si vero non valuerit a debito recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. — Грчки текст има у место sponsorem: ἀντιφορητήν, т.ј. constituentem и constitutae pecuniae reum (Harmenopol. I. 3. §. 40. III. 6. §. 1. 11.), као што преводи и Вулгата у Nov. 115. cap. 6. Nov. 136. praef. cap. 1. — О целом закону и његовом тумачењу у пракси в. Girtanner стр. 113..125, 199..248, 424..456. Hasenbalg стр. 519 до 625, 730 и д. Windscheid §. 478.

? Nov. 4. cap. 1. cit. Si vero fideiussor aut mandator, aut qui sponsioni se subiecit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, quem possit mox fideiussorem

^d arg. L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. (not. f.) ^e §. 4. J. h. t. 3. 20. cf. Pauli sentt. I. 20. L. 26..28. 49. §. 1. L. 51. §. 1. 4. D. h. t. 46. 1. (cf. L. 43. eod.). L. 16. Cod. eod. 8. 40. (41.) L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de const. pec. 4. 18. ^f L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. ^g L. ult. D. rem pup... salvam fore. 46. 6. ^h L. ult. cit. Nov. 4. cap. 1. in f. L. 17. 36. D. h. t. 46. 1. cf. L. 28. D. mand. 17. 1. L. 95. §. 11. D. de solut. 46. 3.

aut mandatorem aut sponsorem exigere... Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae residens iudex det tempus fideiussori (idem est dicere sponsoris et mandatori) volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem et sic ipsi in ultimum subsidium serventur.... Si vero tempus in hoc indultum excesserit..., tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exsequatur litem et debitum exigat contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsum suscepit, a creditore actionibus sibi cessis. B. Seuffert's Arch. II. 46. VI. 42.

3 Seuffert's Arch. IV. 42. VII. 314. в. аустр. грађ. закон № 1356. Но против тога Seuffert's Arch. X. 48. XII. 158.

4 Arg. Nov. 4. cap. 1. verbis: *Si vero non valuerit a debitor recipere etc.* прим. 1. Тако је, ако је главни дужник обвезан само naturaliter; тако је и кад је познат као неспособан за плаћање; Seuffert's Arch. IV. 42. VI. 42. XIV. 34.; али није тако, ако је главни дужник према тужби заштићен само са pactum de non petendo in personam; Seuffert's Arch. VI. 40. в. IV. 43.

5 Тако се нпр. с правом може узети, кад се неко „кас сам дужник“ (Selbstschuldner) обвеже (Seuffert's Arch. V. 132.) или кад за његово плаћање установи раније или у опште нарочито определено време плаћања (Seuffert's Arch. XIV. 33.), а према приликама и онда кад се уговори друго место плаћања, нарочито такво које је за повериоца згодније (§. 351. not. i.). Beneficium excussionis мора отпасти и онда, кад је конституирано за другог повериоца (§. 351. not. k.), јер тај поверилац и нема тужбу према главном дужнику (в. прим. 4.). — Да ли је тај исти случај и кад је alia res обећана? Vangerow III. §. 579. прим. № 3.; против тога Girtanner стр. 433. То ће зависити од тога, да ли је повериоцу дато какво јасно право на какву другу учинбу или само јемство за његову тражбину са унапред уговореном *datio in solutum* (§. 353. прим. 4.). Ко нпр. каже: да јемчи за дужника, али с тим, да може повериоцу дати у место ствари извесну утврђену суму, или да може у место новца дати што друго, томе се заиста не може одрећи право на горње правно добочинство. Но који би нпр. јемчио за исплату зајма с тим, да одговара за исплату његову о извесном року, тај је истина јемац, али се не може користити приговором претходне тужбе, ако дужник о року не плати. В. у осталом још Bruns у Ztschr. f. Rechtsgesch. I. стр. 81. 101. Kl. Schr. стр. 268. 285 и д. — Против мњења које влада, да се са злонамерним одрицањем јемства губи beneficium excussionis, изјаснило се Hasenbalg стр. 606 и д.

6 Према томе ту је питање, колико су се јемаца обвезали и у којој су мери у времену литеисконтестације у стању да плате, те по томе колико се њих могу с успехом тужити: облигација није, дакле, подељена ipso iure (not. e.). С тим се истина не слаже L. 48. §. 1. D. h. t 46. 1. То се место по свој прилици односило на sponsio и fidepromissio, које су се по lex-у Furia делили ipso iure кад их је било више (Gai. III. 121.) и може бити да се случајно увукло у Пандекте као неумешно изведена интерполација. Girtanner стр. 462 и д. Гиртанер покушава, да ову одредбу објасни и са гледишта Јустинијанова права, у civ. Arch. XLIII. стр. 286 и д. — У осталом има писаца, који би хтели да beneficium divisionis ограниче само на случај заједничког и једновременог јемства. Seuffert §. 385. прим. 17. Seuffert's Arch. III. 263. XIII. 27. XIV. 234.; против тога Girtanner стр. 466. и у civ. Arch. XLIII. 12. Seuffert's Arch. 6. 43. В. у опште Hasenbalg стр. 466.. 518. 784 и д., о L. 48. §. 1. cit. нарочито стр. 507 и д. Brinz 2. изд. §. 256. № 1.

7 В. §. 213. not. v. §. 214. not. g. Да тужени јемац има право на уступање тужбе против осталих сајемаца спори Savigny Obligationenrecht I. стр. 273 и д.; против тога Girtanner стр. 588 и д. прим. 9. В. Hasenbalg стр. 401.. 464. 782 и д. Keil z. L. v. bene.. sed. act. 1880.

8 Да би се јемац заптитио против изигравања побројаних правних срестава, пракса му је дала право, на основу погрешног тумачења L. 28. D. h. t. („si contendat“), да позове повериоца на подизање тужбе у путу тзв. provocatio ex lege „si contendat“. Hasenbalg стр. 627. и д. 781. Немачки царев. грађ. пост. нема никаквих одредаба у овом погледу, јер полази са тог гледишта да претпоставне (прејудицијелне) тужбе искључују потребу провокације (изазивања) одређеног противника. Mandry Reichsges. стр. 213 и д. 2. изд. стр. 300.

§. 256.

С. Право регреса према главном дужнику.

По себи, јемством се не оснива никакав особити правни однос између јемца и главног дужника. Да ли јемац због штете, које му је јемство донело, може тужити главног дужника, зависи од основа, са кога је примљено јемство. Неће га моћи тужити нпр. ако је

јемац у ствари примио се јемства у сопственом интересу (као *fideiussor in rem suam*)^a, или у намери, да тиме главни дужник дође до какве користи (*donandi animo*)^b, под претпоставком, да у томе није какав поклон који не важи.^c Но, по правилу, јемство долази или под гледиште мандата (§. 293.) или отправништва посла (§. 298.), према томе, да ли је учињено по изрично или прећутно изјављеној вољи главног дужника^d, или без позива, налога, у интересу главног дужника^e. У том случају јемац може тужити главног дужника за накнаду штете са *contraria actio mandati* или са *negotiorum gestorum* a. Према приликама може тражити и то, да га главни дужник ослободи од јемства, у колико би се примање јемства јављало као радња према учињеном мандату или као обавезна *negotiorum gestio*, а ослобађање од истог би се јављало као правична тражбина *ex bona fide negotii* н.пр. кад је јемац већ осуђен на плаћање или би главни дужник прекомерно развлачио са исплатом дуга или би својим расписањем доводио у опасност способност плаћања^f. А ван сваке га сумње може за накнаду тужити онда, кад је и у колико је из свог имања већ измирио повериоца и тако ослободио главног дужника^g. Ту се претпоставља, разуме се, то, да нема какве кривице до њега, услед његовог злонамера или немара, н.пр. услед некористовања са оним срећвима одбране која су му стојала на расположењу према тражбини повериоца или услед пропуштања извештаја о учињеној исплати, услед чега је главни дужник још један пут платио^g. Јемац може и без плаћања са своје стране имати права на накнаду у случају, кад је неко други платио, у намери да њему (јемцу) учини поклон или кад је поверилац опростио (јемцу) учини поклон или кад је поверилац опростио дуг^h.

a L. 24. D. de pactis. 2. 14. b L. 9. §. 3. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 6.
§. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 40. eod. c §. 6. J. h. t. 3. 20. L. 20. §. 1. L. 21.
22. pr. D. mand. 17. 1. L. 6. §. 2. L. 18. eod. L. 60. D. de R. J. d L. 6. §. 2.
L. 20. §. 1. D. mand. 17. 1. e L. 38. §. 1. L. 45. §. 5. D. eod. L. 10. Cod.
mand. 4. 35. cf. L. 45. §. 2. D. eod. 17. 1. f L. 10. §. 11. D. eod. g L. 10.
§. 12. L. 29. eod. cf. L. 67. D. de fideiuss. 46. 1. L. 47. in f. D. de cond. indeb. 12. 6.

За испуњење обвеле накнаде главног дужника може се обвзети нарочити јемацⁱ, тзв. јемац за регрес, регресни јемац (*Rückfürgre*).

Остављајући на страну особити обвезнни основ на накнаду према јемцу, јемац може тужити главног дужника и са тужбом коју му је уступио измирен поверилац (*mandata* или *utilis actio*)^k, и то може и онда учинити^l, када уступање тужбе при плаћању није нарочито уговорио.² Но та се тужба може сузбити са *doli exceptio*, ако је јемац јемчио *donandi animo* или *in rem suam* или ако иначе према природи свог правног односа према дужнику не може тражити накнаду.³

Прим. 1. Може се и то замислiti, да је јемство дато са напуштањем права регреса, у цели поравнања или због какве противучинбе или *conditionis implendae causa* и т. п.

2 То је неоспорно у погледу *mandatum qualificatum*-а Мандатору се даје у сваком случају *mandati actio*, којом може тражити уступање тужбе, на основу L. 28. D. mand. 17. 1. Papinianus libro tertio quaestionum ait, *mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvit et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere*. Код друге врсте јемства то је врло спорно. Има их који тврде да се са јемачком исплатом без задржавања права регреса главни дуг ништи и према томе, да је уступање тужбе немогуће: Puchta §. 405. not. n. o., Seuffert §. 385. not. 26. и други (в. Girtanner стр. 217 и д. 251 и д.); arg. L. 76. D. de solut. 46. 3., које се место односи на случај солидарне обвеле више старалаца (види Savigny Obl. I. стр. 252 и д.). Но L. 36. D. de fideiuss. 46. 1. вели: *Quum is, qui et reum et fideiussores habens (habet), ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas iam esse, quum suum iam perceperit et perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones*. Према томе се с правом тврди, да се већ по римском праву плаћање од стране

h L. 10. §. 13. L. 12. §. 2. D. mand. 17. 1. i L. 4. pr. D. oe fideiuss. 46. 1. k §. 355. not. h. l L. 28. D. mand. 17. 1. L. 36. D. de fideiuss. 46. 1.

фидејусора по правилу и без нарочитог уговора сматра не као поништавање главног дуга већ као куповина тражбине. В. и L. 5. pr. D. de censib. 50. 15. Girtanner стр. 535 и д. в. Schmidt Grundlehren der Cession I. стр. 62..67; против тога опет Dernburg Pfandr. II. стр. 369; али в. сад и Hasenbalg стр. 413 и д. На тај начин у материјалном погледу наступа исти успех који и код мандата *qualificatum-a*. По данашњем праву та се разлика не би могла провести ни онако, јер се не може тачно разликовати јемство у путу мандата и у путу фидејусије (§. 353. прим. 3.), а основ са кога је донето решење у L. 28. cit. по самој природи ствари применив је код сваког данашњег јемства, Seuffert's Arch. VI. 313., против тога опет XII. 117. В. Бавар. пројект II. чл. 879. „Сваки јемац који по својој обвези измири повериоца ступа с тим у сва права, која повериоцу припадају у погледу зајемченог дуга, по самом закону“⁴. Тако је исто по Хес. прој. IV. 2. чл. 603. и аустр. грађ. зак. §. 1358. Сакс. зак. §. 1479. на против вели само о издавачу кредитног налога, он може „кад је измирио оног коме је дао налог, сам тражити, да му исти уступи његову тужбу против трећег“.

3 То истина није изрично у изворима речено, али се разуме по себи. Међу тим никако се не може тврдити, као што вели Windscheid §. 481. прим. 7., да је несумњиво, да поверилац по том основу може одрећи јемцу, да му уступи своју тужбу против главног дужника. Поверилац је на против обвезан, да без поговора уступи тужбу, не водећи бригу о томе, може ли се и како-ће се главни дужник одбранити од исте.

§. 357.

IV. ПРЕСТАНАК ОБВЕЗЕ ЈЕМЦА.

Основи престанка облигација у опште примењују се и на обвезу јемца посебице. Но осим истих обвеза јемца може престати и са ових особитих основа:

1) стицањем јемства и главног дуга у једном истом лицу, *confusio*, дакле, кад јемац постане наследник главног дужника или обрнуто, у колико не би и у том случају, јемство давало повериоцу неке веће користи, које му сама главна тражбина не даје;¹

2) кад и у колико за повериоца има каква кривица према јемцу, услед које је јемац изгубио правно добро-чинство претходне тужбе или уступање тужба. У том случају тужби због јемства стоји на супрот ништећа *doli exceptio* или, другим речима, приговор осуђеног правног добро-чинства добија ништећи карактер;²

3) отпадањем смера или предмета јемства, дакле са сваким престанком главног дуга, који ону правну тражбину, ради чије је сигурности и постало јемство, потпуно ништи, плаћањем или нечим другим што се томе по дејству равна.³

Нема то исто дејство престанак облигације, без на-мирења повериоца, услед какве околности, која повлачи за собом ту последицу, а за коју је јемац одговоран.

Правна среста, којима се главни дужник може ко-ристити само на личних основа за ослобађање од об-везе, припадају јемцу само у толико, ако би се њихов смер иначе потирао и за главног дужника, услед њего-вог регреса према главном дужнику.

Прим. 1. Ово је правило исказано у погледу фидејусије (види §. 273. прим. 3. L. 95. §. 3. D. de solut 46. 3. Quod vulgo iactatur: fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior pro-mittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. Последњи је став, ван сваке сумње, исква-рен; биће да га ваља читати: „*nam si reus natura (или naturaliter) duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberabitur*“ или тако нешто. В. Basil. XXVI. 5. cap. 95. §. 3. Heimbach III. p. 126. εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἡνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται“. Vangerow III. стр. 380. Mommsen Dig. ad h. l. — Да такву конфузију не треба претпоставити и код конститутума, за то се наводи, с правом, као доказ, могућност *constitutum-a debitum proprii* (Hasenbalg стр. 809 и д.). Тако исто умесно је и то, да се и код мандата може још дозволити тужба и кад је мандатор постао наследник дужника или обратно. Али по свом практичном ресул-tату испада у оба случаја једно исто, кад се обвеза конституента или мандатора ничим не разликује од обвезе дужникова, јер је онда све једно са којом ће тужбом поверилац остварити своје

право према дужнику, који му је двојако обвезан. Међу тим се у L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. из престанка fideiussori-e obligatio с тога што је наступила confusio изводи закључак, да се тиме ослобађа и онај пајемац, који јемчи за fideiussor-a. Ако би се то признало као став који још има своју практичну вредност (Windscheid §. 480. прим. 2.), онда би се морало признати и то, да у том погледу још постоји разлика између fideiussi-je и constitutum-a debiti alieni. Но в. против тога Girtanner стр. 511 и д. в. стр. 490. и д.

2 Врло спорно питање! Обично мњење, да exceptio cedendarum actionum постаје перemptорном, кад је поверилац његовом кривицом изгубио тужбу, врло живо оспорава, осим за квалификовани мандат (L. 95. §. 11 D. de solut. 46. 3.), Girtanner стр. 468 и д. 543 и д. Он тврди то исто, стр. 439, 483 и д., у опште за exceptio excussionis, кад је поверилац из небрежења пропустио да главног дужника тужи, тако да у случају подизања тужбе нема никаквог успеха више (arg. Nov. 4. cap. 1. verb. si vero non valuerit etc., које ваља управо превести: si non poterit etc.), а губи из вида, да се тиме управо хоће да каже то, да јемац мора да плати, кад је поверилац тужио главног дужника или није могао доћи до наплате. Други опет дају јемцу само код квалификованог мандата и фидејусије indemnitas приговор за случај кад је до самог повериоца кривица, што се није могао наплатити од дужника (arg. L. 41. pr. L. 62. D. h. t. 46. 1.), Puchta §. 405. not. q. g. v. Jäger у Linde's Ztschr. V. стр. 231 и д. — За данашње право решава гледиште, да данас свако јемство, по правилу, ваља ценити као римски мандат (§. 353. прим. 3.) ex bona fide. Поверилац се може огрешити о исту, ако он својом радњом или својим небрежењем учини да јемац изгуби она заштитна срества, која има по закону, па га и поред тога тужи за наплату. Само се не може опет свако оклеваше у подизању тужбе од стране повериоца, које је потекло из пажње према дужнику, сматрати као кривица према јемцу. В. Vangerow III. §. 578. прим. 4. Rudorff уз Пухту н. н. м. Windscheid §. 478 прим. 10. Seuffert's Arch. VII. 33. 177. 311. 312. XI. 243. XII. 159. 240. XVI. 112. Prakt. Arch. X. 2. стр 91 и д. В. Бавар. прој. II. чл. 889. 890. 900., Хес. IV. 2. чл. 611. 612. 620. и Сакс. зак. §. 1466. 1478.

3 L. 43. D. de solut. 46. 3. поставља правило: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta ad promissores, hypothecae, pignora; в. §. 276. not. с. Да то правило није увек истинито види се из §. 276. not. d. и L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura de-

bitum maneat, teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum. В. и L. 19. D. de duob. reis. 45. 2. С тога му је, као неистинитом и погрешном, сасвим противан Girtanner стр. 79 и д. 495 и д., ма да се у L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. налази решење, које може објаснити само последица горњег правила. В. прим. 1. на крају прим. 4. б. с. Против тога Hasenbalg стр. 295 и д., нарочито у L. 60. cit. стр. 345. и д. — Ван сваке је сумње, да јемство траје и онда, кад би главни дужник умро, а нема наследника, који би га заменио, без обзира на то има ли имања или не. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 1. §. 14. D. depos. 16. 3. §. 273. прим. 1. в. Baron Gesammtrechtsverhältnisse стр. 337. и д. Hasenbalg стр. 644 и д. — Осим тога, нарочито се спомињу као основи ослобађања како за мандатора тако и за фидејусора: престанак главног дуга услед конфузије (L. 71. pr. D. h. t. 46. 1. в. §. 273. прим. 2.) и пренова (новације) L. 4. Cod. h. t. 8. 40. (41.), од којих и једна и друга solutionis iure дејствују, а за фидејусора спомиње се, посебице, као такав основ заклетва о главном дугу, која такође in locum solutionis succedit (L. 28. §. 1. D. de iureiur. 12. 2.). То исто дејство, са тог истог разлога, мора имати и datio in solutum (§. 222.), компензација (§. 265. not. k.), потпуно оправдане дуга, које се равна римској акцептилизацији (§. 267. прим. 1. а. β. и д. §. 269. not. k.) и у случају L. 60. cit. „cum genere novationis transeat obligatio“ (§. 271. прим. 3.), а по природи same ствари и основи престанка облигација из §. 276. not. a. b. (в. Kuntze die Obl. стр. 177 и д.). У свима тим случајевима није било већ по римском праву разлике између фидејусора и мандатора, ипак је чујно правдане њихово из неког кореалитета obligati-je fideiussoris, која је већ по римском праву била сумњива, а по данашњем праву не постоји. — Да јемство престаје и у случајима §. 277. not. a. с. спори Girtanner стр. 514. или је ван сваке сумње, да то чини без основа и противно духу дотичних закона. — Случај престанка фидејусије услед литеисконтестације са главним дужником или са сајемцем, који је важио по старијем праву, укинут је у Јустијанову праву, како за њу тако и за све кореалне облигације. L. 28. Cod. h. t. 8. 40. (41.) (§. 271. прим. 3.).

4 В. §. 276. not. d. — а) L. 88. D. de V. O. (Paul.). Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione (ex stipulatu actione?) conveniri potest. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. (Papinian.):... aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede dece-

sisset. (§. 274. прим. 2. б.). Међу тим в. б) у L. 19. D. de dolo 4. 3. Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. с) L. 38. §. 4. D. de solut. (African.):... hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restituи debere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit. Bekker proc. Consumt. стр. 203. и д. Vangerow III. §. 578. прим. 2. Уз то Huschke Gaius стр. 80 и д., који доказује, да су sponsor и fideiussor по старијем праву били слободни ipso iure, али да су одговарали de dolo, док је fideiussor одговарао непосредно ех stipulatu.

5 L. 19. D. de except. 44. 1. поставља правило: *Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. Meђу тим в. §. 4. J. de replicat. 4. 14. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plenumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius, et recte, quia, quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est iis, quod hi pro eo solverint.* Прво је потпунна истина у погледу оних приговора који још испочетка постоје и искључују и naturalis obligatio, н.пр. L. 12. Cod. de non num. pec. 4. 30. L. 15. pr. D. h. t. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Но осим тога в.: а) §. 282. not. h. б) L. 7. pr. D. de except. 44. 1. *Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fideiussori; sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur (§. 225.). §. 1. ibid. Rei autem cohaerentes exceptiones (§. 102.) etiam fideiussoribus competit, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori etc.* с) L. 32. D. de pact. 2. 14. Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori. L. 21. in f. L. 22. eod. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet — nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur; но в. прим. 2. cf. L. 23. 24. eod. L. 27. §. 2. L. 62. eod. д) L. 7. §. 1. in f. D. de except. (cf. № б.) Idem dicitur, et si ... fideiusserit... pro minore 25 annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.

L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. In causae cognitione versabitur, utrum soli ei (sc. minori) succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori; nam minor captus neutri tenebitur. Facilius iu mandatore dicendum erit, non debere ei subveniri; hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur, et sqq. cf. L. 3 §. 4. eod. L. 51. D. de procurator. 3. 3. L. 1. 2. Cod. de fideiussor. min. 3. 23. (24.) L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. В. §. 124. not. з. Girtanner стр. 521 и д. Bekker стр. 200 и д. Vangerow I. §. 179. прим. §. 183. прим. 1. III. §. 578. прим. 2. № II. Hasenbalg стр. 287 и д. 787 и д., нарочито уз д) стр. 356. и д. 780. и д. В. и нарочито уз с) Huschke Gaius стр. 80. Brinz 2. изд. II. стр. 185 и д.

V. ОГРАНИЧЕЊА ЈЕМСТВА.

§. 358.

Римско право забрањује јемства војника за закупе^a, јемства свештеника за јавне дажбине (учинбе), световне закупе, старалаштва и туђе спорове^b. Но данас је примењивост тих одредаба врло сумњива.¹ Међу тим још и данас су важна законска ограничења за јемства дата од стране женскиња, и то женскиња у опште или удатих жена посебице, а у погледу дејства и облика њихове интерцесије.² Та ограничења основана су или на Senatusconsultum Velleianum-у и његову тумачењу^c, или на особитим одредбама Јустинијана^d.

Прим. 1. В. о томе Girtanner стр. 143 и д. 283 и д. 368 и д.

2 Kattenhorn über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten. Giessen. 1840. Girtanner стр. 133 и д. 258 и д. 335 и д. Windscheid §. 485.. 488. Vangerow III. §. 577. 581.

a L. 31. Cod. de locato. 4. 65. cf. L. 8. §. 1. D. qui satisd. cog. 2. 8. b Nov. 123. cap. 6. cf. can. 29. C. XI. qu. 1. cap. 1. X. de fideiuss. 3. 22. c Dig. ad senatusconsultum Velleianum. 16. 1. Cod. 4. 29. d α) L. 23. Cod. I. c. β) Nov. 134. cap. 8. (Auth. si qua mulier ad L. 22. Cod. I. c.)

A. *Senatusconsultum Velleianum.*

§. 359.

По споменутом сенатском решењу не само јемства већ у опште свака интерцесија женскиња у опште немају никакву важност.¹ Под интерцесијом разуме се примање обвеза за неког другог, поред истог или уместо истог, услед чега се онај који је тако примио обвезу на се излаже опасности, да га поверилац тужи и да из свог имања нешто плати,² у место онога кога се управо обвеза тиче, с тога што тај други није измирио повериоца. Интерцесија је 1) тзв. кумулативна, кад неко прима на се обвезу поред правог дужника, тако да поверилац може подићи своју тражбину и према једном или према другом. Ту долази а) јемство^a, б) закључивање какве скупне обвезе (*Gesammtschuld*), која се у основу тиче сасвим или делимично садужника^b, и с) давање залоге за туђи дуг^c, где се без личне обвезе узима туђи дуг на својој ствари; 2) привативна, кад неко прима обвезу на место другог, тако да од тог тренутка поверилац нема више тражбину према том другом. Ту долазе а) примање туђе обвезе у путу пренова (новације), експромисије^d, б) услед литисконтестације или примања дефензије према подигнутој тужби за дуг^e, а тако исто с) закључивањем компромиса за дужника^f, а и д) примање какве уговорне обвезе (*Contractsverbindlichkeit*) према неком трећем за другог, са кога се тиме хоће да иста скине са њега, или да корист од правног посла припадне њему, као да је исту сам узео на се^g. То се обично назива *tacita intercessio*. Поменути закон

a L. 2. §. 1. D. h. t. 16. I. L. 19. 22. Cod. de fideiuss. s. 40. (41.) L. 10. Cod. mand. 4. 35. (§. 350..353.). b L. 17. §. 2. L. 18. D. h. t. (§. 213.). c L. 32. §. 1. D. h. t. cf. L. 8. pr. eod. (§. 364.). d L. 8. §. 8. 9. D. h. t. (§. 268.). e L. 9. §. 5. eod. L. 10. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 51. §. 1. D. de procurat. 3. 3. (§. 271.). cf. L. 23. 26. D. h. t. f L. 32. §. 2. D. de receptis. 4. 8. g L. 2. §. 1. L. 8. §. 14. L. 11. 12. 29. pr. D. h. t. L. 4. 19. Cod. h. t.

примењује се на све те случајеве, кад каква женска на такав начин прими на се обвезу, надајући се, да ваљда неће доћи баш тога, да она плати из њеног имања. Но ако би она примила на се обвезу с вољом и одсечном намером, да и плаћање исте из њеног имања прими на се, онда се тај закон неће применити³.

Не спадају под овај закон примање дугова у путу куповине или примања наслеђа⁴, обећање давања наукаде у погледу обвеза, које могу потећи за неког из какве радње, која се не може сматрати као примање неке обвезе према повериоцу⁵, измирење туђег дуга, без примања истог на себе⁶, напуштање каквог права,⁷ макар то било и с обзиром на туђи дуг⁸, и фактично примање обвезе неког другог на себе, али такве обвезе, која у ствари (материјално) није тако туђа за оног који је прима на се⁹. Тако се исто посао ове врсте не може сматрати као интерцесија и онда, када би жена, која прима обвезу на се, имала какву корист отуда или у опште, кад се услед примљене обвезе и њеног испуњења њено имање не би смањило¹⁰.

Прим. 1. L. 2. §. 1. D. h. t. 16. 1.... *Senatusconsulti verba haec sunt: Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules verba fecerunt de obligationibus seminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet (Hal. opor teret), de ea re ita censuere (consuluerunt): quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* — Но његовом дословном сми-

h L. 32. pr. D. h. t. L. 13. pr. L. 19. §. 3. eod. i L. 8. §. 1. L. 19. §. 1. 2. D. eod. L. 6. §. 1. Cod. eod. cf. L. 19. §. 4. D. eod. k L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t. L. 1. 9. Cod. h. t. cf. L. 21. §. 1. D. eod. l L. 8. pr. D. h. t. L. 11. 21. Cod. eod. m L. 3. 13. pr. L. 22. 24. pr. L. 27. §. 2. D. eod. cf. L. 17. §. 2. eod. n L. 16. pr. L. 17. §. 2. L. 21. 22. D. h. t.

слу Sc. односио би се само на фидејусију, главни случај кумулативне интерцесије и на случај узимања зајма за неког другог т.ј. на један специјалан случај привативне интерцесије (в. текст овог §-а под 2. д.). Но по објашњењу: *Velleiano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent* (L. 1. pr. D. h. t.), и *Omnis omnino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint* (L. 2. §. 4. eod.). Тако исто: *in fraudem senatusconsulti... excogitata... rata haberri non oportere.* L. 29. §. 1. D. eod.

2 О појму и врстама интерцесије: Sintenis у Linde's Ztschr. X. 2. Deurer у civ. Arch. XXVIII. 15. Brinz 2. изд. §. 261.

3 В. „о принципу Sc Velleianum-a“ Windscheid у civ. Arch. XXXII. 12. 13. Girtanner стр. 335 и д. Vangerow §. 581. прим. 1., и Keller Pand. §. 292. — Друго мњење заступа и изводи Bachofen ausgewählte Lehren des R. Civilrechts, 1848. Abth. 1. „Велјански сенатус консулт, његова првобитна садржина и њено доцније проширење.“ По горе изложеном погледу нема места примени овог Sc. у случају, кад жена контрахира или експромитира, да другом учини поклон или да установи мираз (dos) или ма из ког другог разлога жели, да предмет уговора или ослобођење од дуга буде на рачун неког имања а у корист тог другог; arg. L. 4. §. 1. L. 21. §. 1. L. 22. D. h. t. Но то се исто не може тврдити и за случај јемчења без права рергреса (fideiussio donandi animo), где још није искључено очекивање, да ће главни дужник сам платити. Тако против Windscheid-a стр. 296 и д. с правом, Girtanner стр. 339 и д. Vangerow н. н. м. стр. 148 и д. Brinz 1. изд. стр. 628 и д. Овај последњи с додатком, „захтевати, да се интерцедент мора обвезати у очекивању, да не мора платити, (Windscheid стр. 288 и д. и с тим сад и Hasenbalg Beitr. z. L. v. d. Intercession I. 1856. стр. 3.. 6.), то нам изгледа много тражити. У опште овај би наук боље успевао, кад би се питали, шта је интерцесија у духу Sc., а не шта је његов принцип.“ В. сад Brinz 2. изд. §. 261. Међу тим изгледа, да поменути писци са тим њиховим разлагањима нису хтели ништа друго, до да ухвате основу мисао закона и у томе се у главном нису преварили, и ако је облик који је дат тој основној мисли и сувише заопштрен. С тога се не може одобрити оно омаловажавање тог замисљеног принципа које исказује Sintenis II. §. 129. прим. 78а, и по коме он „ништа и не вреди.“ В. Windscheid Pand. §. 485. прим. 3. Међу тим је у најновије доба, приликом расправе једног интересантног правног случаја, одбачено мњење, које усваја и Sintenis прим. 91., да expromissio donandi causa женску која је интерцедирала обвезује. Seuffert's Arch.

XV. 224. Да ли се заштита овог Sc. односи и на а) дужницу која није то а која је као таква делегирана или б) на женску која делегира као поверилац а није поверилац? Fuhr у pract. Arch. II. 6. стр. 102 и д. Schlesinger d. Unanfechtbarkeit d. Delegationsstipulation 1882. нарочито §. 4. arg. а) L. 17. pr. L. 23. D. h. t. L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. L. 8. §. 2. D. h. t. б) L. 8. §. 6. D. h. t. в. Windscheid н. н. м. стр. 319 и д.

4 О уступању пречег права залоге (Pfandpriorität), заложног првенства (Vorrangseinräumung, pactum de postponendo в. Brinz 2. изд. §. 261. прим. 17. §. 262. прим. 13. L. Löwenstein у civ. Arch. LXVIII. 5. стр. 72 и д.

§. 360.

Интерцесија жене која би била прогивна закону не вреди^a на основу приговора, exceptio senatusconsulti Velleiani.¹ Тада се приговор може употребити још и према actio iudicati, која би потицала из таквог посла^b. Њиме се поништава облигација женске која је интерцедирала сасвим, па и као naturalis obligatio^c, и по томе њиме се могу увек користити и јемац женске која је интерцедирала^d и онај, који је ради њене обвеле дао залогу^e, њиме се може користити онај који је по позиву такве женске интерцедирао^f. Плаћање примљеног дуга, у заблуди, оснива condictio indebiti^g. Ако је женска која интерцедира услед интерцесије лишена какве ствари, то је може натраг виндицирати, а приговор, да је ствар сама предала, сузбити са replicatio senatusconsulti Velleiani^h.

Поверилац, који изгуби тужбу, коју је имао услед невредеће (привативне) интерцесије, добија их натраг као restitutoriae или rescissoriae actionesⁱ. А у случају тзв. tacita intercessio (§. 359. 2. д.) даје му се, као utilis или тзв. institutoria actio,^j она тужба, коју

a L. 25. §. 1. D. h. t. L. 20. Cod. h. t. b L. 11. D. ad Sc. Maced. 14. 6. c L. 8. §. 9. L. 16. in f. D. h. t. d L. 16. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 4. D. eod. e L. 2. D. quae res pign. 20. 3. f L. 6. 7. 30. §. 1. L. 32. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. eod. cf. L. 8. §. 10. D. eod. g L. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 8. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 10. D. eod. h L. 32. §. 1. 2. D. h. t. L. 39. §. 1. L. 40. D. de rei vind. 6. 1. i L. 1. §. 2. L. 8. §. 7.. 13. L. 9. 13. §. 2. L. 14. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. cf. L. 10. D. eod.

би имао да је дотични посао са трећим свршио сам, без интервенције дотичне женске^k.

Прим. 1. Против мњења које се не слаже са овим и које заступа Fuhr у prakt. Arch. II. 5. стр. 68 и д. в. Sintenis II. §. 129. прим. 79.

2 L. 32. §. 2. D. h. t. Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro reperret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de remta et tradita, sed replicabitur a muliere: aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit. Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. — О разумевању овог места в. Sintenis y Linde's Ztschr. X. стр. 51. и Windscheid н. н. м. стр. 291 и д. Brinz 1. изд. стр. 627 и д. 2. изд. §. 262. прим. 13. Windscheid 4. изд. §. 485. прим. 5

3 О постанку тог назива в. L. 8. §. 14. D. h. t. Si, quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse, quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligaris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata. Brinz 2. изд. II. стр. 238: »у колико је Sc. за жену толико није против повериоца.«

§. 361.

У следећим случајима правило постављено у Sc. Velleianum-у не вреди: 1) кад је женска нешто добила за то да интерцедира^a; 2) кад је повериоца у погледу интерцесије у намери преваре обманула^b, или 3) кад поверилац, у заблуди која се даје извинити, није знао да женска интерцедира^c; 4) кад је поверилац малолетник а главни дужник неспособан да плати^d; 5) кад је интерцесија извршена у намери, да се тиме установи мираз^e; 6) кад је женска, која је интерцедирала, пошто су проtekле две године, обновила интерцесију^f; 7) кад се таква

^a L. 8. §. 14. 15. D. h. t.

^b L. 23. pr. §. 1...1 c. (pr. §. 1.) Cod. h. t. ^c L. 2. §. 3. L. 30. pr. D. h. t. L. 5. 18. Cod. eod. ^d L. 4. pr. 6. 11. 12. 27. pr. 28. §. 4. D. h. t. d L. 12. D. de minor. 4. 4. ^e L. 12. 25. Cod. h. t. cf. L. 24. eod. ^f L. 22. Cod. h. t. Nov. 61. cap. 1. §. 1. in f.

женска, после поуке дате јој од липа вичног праву, одрекла добочинства, које јој пружа Велејански сенатус-консулт или и без тога, кад се истог добочинства под заклетвом одрекла или саму интерцесију заклетвом утврдила; и на послетку 8) кад је интерцедирала женска, која води какву јавну радњу, нарочито трговину, а у случају, који стоји у вези са том њеном радњом.

Прим. О тим изузећима в. у опште Windscheid diss. inaug. de valida mulierum intercessione. Bonnae 1838. и у civ. Arch. XXXII. стр. 313 и д. Vangerow III. §. 581. прим. 1. Brinz 2. изд. §. 263. у почетку. Посебице:

1) Изузеће под 1) не сматрају као изузеће у правом смислу, већ као последицу, која потиче из самог принципа Sc. Windscheid н. н. м. стр. 299 и д. Girtanner стр. 336, без довољног основа. Windscheid Pand. §. 486. прим. 3.

2) У погледу изузећа под 2) питање је, да ли оно заступа већ онда, кад је женска интерцедирала, знајући за законску необавезност њене радње? L. 30. pr. D. h. t. Si decipiendi animo vel quum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei senatusconsulti non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Али последњи став доказује, да такво знање искључује приговор (exceptio) само у толико у колико би у томе био dolus mulieris, а то не мора бити. Правилно разумевање тог места, а то је, да се место тиче памерне обмане и долозног неразуверавања повериоца, изнео је Windscheid стр. 317 и д. и Bachofen н. н. м. стр. 43 и д.

3) Могућност пуноважног напуштања beneficium-a Sc. Velleiani (у тексту овог §-а под 7.) признато је изрично у римском праву за мајку и бабу, у случају када се приме старалаштва над дететом или унуком: L. 3. pr. (L. 3.) Cod. quando mulier. 5. 35. Nov. 118. cap. 5. и за случај кад жена као тужена хоће да прими на се спор за оног за кога је интерцедирала: L. 32. §. 4. D. h. t. Према томе је после, ма да је томе теорија била често противна, пракса као правило усвојила, како у византинском праву тако и на западу, још одавна, да напуштање тог права важи, па и онда кад је исто изјављено одмах при закључку интерцесије, али под претпоставком, која је горе у тексту овог §-а назначена. Girtanner стр. 262 и д. 364 и д. Sintenis II. §. 129. прим. 98. Разуме се по себи, да употреба стеченог приговора зависи од воље тужене: arg. L. 31. 34. §. 2. D. h. t. Sintenis у Sell's Jahrb. II. 9.

нарочито стр. 347 и д. — Пуноважност напуштања под заклетвом оснива се на начелима канонског права (§. 240. 1.).

4) Изузеће под 8) оснива се на данашњем обичајном праву в. трг. зак. чл. 6. од. 2.), али не иде тако далеко, да по њему Sc. Velleianum никако не важи за трговкиње. Thöl Handelsrecht. 4. изд. §. 50. 5. изд. §. 42. Girtanner стр. 351.

§. 362.

В. Особита форма за интерцесију жена.

Јустинијан је уз одредбе Sc. Velleianum-а додао још и то, да је за сваку интерцесију жена нужна јавна исправа на којој су потписана три сведока^a. Тај се пропис у данашњем праву тако примењује, да је нужна јавна исправа или исправа коју су потписали три сведока (*instrumentum publicum* или *quasi publicum*). Без те је форме у опште ништавна, а ако је та форма испуњена, онда се тек примењују још и прописи поменутог закона (§. 360. 361.). Међу тим и у погледу те прописане форме постоји изузеће: 1) за случајеве у §. 361. под 1..3, према садржини и духу самог закона^b; 2) за интерцесију у погледу мираза (*dos*)^c и интерцесију мајке и бабе, пред судом изјављеном напуштању женских правних доброчинстава^d, према смеру других, нешто доцнијих а нешто сувремених закона; 3) за интерцесију утврђену заклетвом, по канонском праву^e и 4) за интерцесију трговкиња, по обичајном праву^f.

Прим. О разумевању L. 23. Cod. h. t., а нарочито о његовом односу према изузетима у §. 361. још се види врло велика препирка. В. Vangerow III. §. 581. прим. 2. Girtanner стр. 351 и д. Sintenis II. §. 129. прим. 79. 89. и д. Windscheid §. 488. Brinz 2. изд. §. 263. прим. 5..8.

^a L. 23. §. 2. Cod. h. t. ^b L. 23. pr. §. 1..1b. (pr.) §. 2. Cod. h. t.
cf. L. 11. D. h. t. ^c L. 25. Cod. h. t. ^d Nov. 118. cap. 5. L. 3. pr. (L. 3.)
Cod. quando mulier. 5. 35. ^e §. 361. прим. 3. на kraju. ^f §. 361. прим. 4.

§. 363.

С. Ограничење за интерцесију удатих жена.

По другом једном наређењу Јустинијана интерцесија удате жене за њеног мужа, ма у којој форми извршена, не вреди у опште, а ако се жена заједно са мужем обвезала као дужник у једној истој исправи, то ће је поверилац моћи само у толико тужити, у колико докаже, да се и она користила предметом обvezног посла.¹ Но данашња је пракса и овде признала, да и овде важи напуштање те законске заштите од стране жене, ако је оно учињено у осуству мужа, а по претходној правној поуци у том погледу или ако је бар заклетвом утврђено.²

Прим. I. Тај закон, Nov. 134. cap. 8., вели по Вулг.: *Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.* Отуда је узета Auth. si qua mulier etc. ad L. 22. Cod. h. t. 4. 29., за коју се у праксиично вели, да је она извор горне одредбе. О спорном разумевању тог закона в. Vangerow н. н. м. стр. 3. Girtanner стр. 358 и д. Busch у civ. Arch. XXXI. стр. 25 и д. Brinz 2. изд. §. 263. прим. 9. и д.

2 Против потребе, да се отказивање од тог права утврђује заклетвом: Pfeiffer das bayet. Notariat und Auth. si qua mulier. 1870. — У осталом одредбе римског права о интерцесији жена (§. 357..363.), у њиховој целини, сумњиве су вредности и новија законодавства, са разлогом, напуштају те одредбе, у већој или мањој мери. Аустр. грађ. закон §. 1349.: „Туђе обвезе може без разлике пола, примити на се сваки онај, који има право слободног располагања са својим именем“; в. Preuss. Landr. I. 14. §. 221..244. Girtanner стр. 551 и д. В. Stobbe Handb. III. стр. 319 и д.

ГЛАВА ЧЕТВРТА.

О ОСИГУРАВАЊУ ТРАЖБИНА ЗАЛОЖНИМ ПРАВОМ.¹

I. ПРИРОДА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У ОПШТЕ.

§. 364.

А. Појам.

Гарантија за остварење какве тражбине лежи поглавито у имању дужникову. Са јемством проширује се та гаранција и на имање јемца. Али недовољност и измењивост њихових имања може опет за то довести тражбину у опасност (§. 226.). Против те могућности даје се повериоцу сигурност друге врсте, кад је одговорност за тражбину пренета на какву ствар тако, да поверилац у истој има срећво, да се за своју тражбину најмири. На тај начин постаје заложно право^a.

Заложно је право, према томе, право повериоца, да се без обзира на то, да ли се ствар налази или не у имању лично обвезаног^b, држи извесне ствари, која му њеном вредношћу одговара за измирење његове тражбине^c, а по потреби да се њеним отуђењем за своју тражбину наплати^d. Заложно је право, dakle, право на ствар; оно је непосредно на исту управљено и може се према сваком придржнику исте употребити. Но од других стварних права разликује се битно прво у томе^e, што је акцесорно право какве тражбине, којој служи као сигурност (§. 366.), за тим тиме, што се њеним постојањем, по себи не ограничава и не смањује садржина сопствености, па шта више ни сопственичко право оту-

a Dig. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. 20. t. Cod. de pignoribus. §. 13. (14.) cf. X. de pignoribus et aliis cautionibus 3. 24. b L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 2. D. h. t. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. c L. 16. §. 3. D. h. t. 20. 1. cf. §. 378. d L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. §. 375. e L. 19. pr. D. de damno inf. 39. 2. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. cf. §. 126. прим. 1.

ћења^f, само се даје повериоцу могућност, да сопственику одузме сопственост у означеном смеру, без обзира на отуђење исте, које је међу тим извршено.² Залагање ствари је нека врста акцесорног обвезивања исте, стварно јемство (§. 359. l. c.) за наплату дугујуће тражбине.³

Смер је тог стварног заложног права (Sachenpfandrecht) то, да се поверилац осигура за његову тражбину, независно од имања лично обвезаног. Његова је природа та, да ствар тј. сопственост над њом истина улази у туђе имање, али је поверилац у праву, према сваком, да се, по потреби, из њене вредности^{3a} наплати за своју тражбину. Но на тај исти начин, могу повериоцу, као срећво за осигурање његове тражбине, у већем или мањем размеру, послужити и друга имовна права (бестелесне ствари) и с тога је и појам залагања и заложног права, по аналогији залагања ствари, примењен у најширем обиму и на друга имовна права, а посебице и на тражбине (§. 367.). При томе, разуме се само по себи, да оно право које поверилац залагањем стиче (pfandrechtliche Befugniss) мора бити разно према различи заложеног предмета и према томе, да заложно право у овом облику не мора бити увек стварноправног карактера.⁴

Прим. 1. Међу делима која разрађују овај наук ваља истаћи: Hug. Donelli tract. de pignoribus et hypothecis, као додатак уз његове comment. iur. civ. ed. Bucher, vol. XV. pag. 429.. 556.; в. истог comment. ad Cod. lib. VIII.; Gesterding d. L. vom Pfandrecht nach Grundsätzen des R. R. 1816. 1831.; Sintenis Hdb. d. gemeinen Pfandrechts. 1836.; Heimbach чл. Pfandrecht, у Rtslex. VIII. стр. 1 до 77.; Bachofen das röm. Pfandrecht. Bd. 1. 1847. (в. Keller у krit. Jahrb. Jahrg. XI. Bd. XXII. стр. 961.. 1022.); и нарочито H. Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts. Bd. 1. 2. 1860. 1864. (в. Scheurl krit. Vjschr. II. стр. 416 и д. 481 и д. Kuntze у Schletter's Jahrb. VII. стр. 10 и д.) Уз то в. као новија у начелном погледу важна

f L. 15. Cod. h. t. 8. 13. (14.) L. 12. Cod. de distract. pign. 8. 27. (28.) cf. §. 132. прим. 5.

дела: Sohm d. L. vom subpignus. Rostock 1864. стр. 6.. 52. (о томе Bekker у krit. Vjschr. VI. стр. 473 и д. Regelsberger у Schletter's Jahrb. XI. стр. 3 и д.). F. P. Bremer das Pfandrecht und d. Pfandobjekte. 1867. (о томе Fr. Hofmann krit. Vjschr. XII. стр. 524 и д.). Ed. Spiegel de iuris pignoris atque singillatim subpignoris speciei natura diss. inaug. Berol. 1869. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffes (1873), писана нарочито против Бремера, о томе Bekker у krit. Vjschr. XV. стр. 532 и д. уз то Pfaff zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes, против Екснера, у Wiener Ztschr. I. стр. 41.. 78., Forlani у Archiv giurid. XI. p. 55.. 69. Schott — über die accessorische Natur des Pfandrechts, у dogm. Jahrb. XV. I. B. и Planta Beitrag z. Kenntniss d. deutsch-schweiz. Hypothekarechte.. 1884. Поглавито се тичу немачког права, али у неколико и римског, J. Kohler's Pfandrechtliche Forschungen. 1882. о томе Exner у krit. Vjschr. XXIV. стр. 503 и д. Pfersche у Wiener Ztschr. X. стр. 187 и д. У погледу критике извора, који долазе овде у обзир в. Huschke z. Pandektenkritik стр. 13.. 36., у погледу екслегезе Bethmann-Hollweg das 20. Buch der Pand. als Beispiel klassischer Jurisprudenz f. Studierende erläutert. I. (нема више) 1877.

2 L. 15. Cod. h. t. Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquenter posse deteriorem acere creditoris conditionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. Са отуђењем се преноси dominium само cum sua causa. L. 12. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28.). Према томе и давање стварних права, као делимично отуђивање, не може смањити право повериоца: Fitting Begriff der Rückziehung стр. 73 прим. 110., против чега је, без разлога, Scheurl у krit. Ueberschau V. стр. 38. То се поверилачко право не може осујетити ни дереликцијом или код робова, ослобађањем њиховим: Pfaff, в. доле прим. 4.

3 Да постоји извесно сродство између заложног права и облигација види се већ по самом језику, јер се залагање обично означава са изразом *obligatio rei*, *rem obligare* итд. И у том се смислу противставља личном обвезивању: L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. „*pignoris quidem obligationem praediorum Gaiam Seiam... remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse*“, и заједно са истим обухвата општим називом *obligationes*. L. 5. §. 2. D. I. c. v. §. 201. прим. Зс. Ту особину заложног права нагласио је веома јако Büchel Civilr. Erörter. I. 2. Но не може се одобрити то, да се отуда направи права облигација (тзв. стварно правна тражбина (dingliches Forderungsrecht), код које је сама ствар дужник (Büchel н. м.) или сваки њен држалац (Sintenis, Pfandr.

нарочито §. 2.). Види против тога Lang у civ. Arch. XXVIII. 14., Puchta §. 193. not. d. Keller §. 190. Dernburg I. стр. 104 и д. Windscheid §. 224. not. 8., Kohler §. 5., који доказује да ни модерно хипотекарно право није у ничем изменило стварну природу заложног права и да модерна хипотека није праста *obligatio in rem scripta* Brinz I. изд. §. 82. 2. изд. §. 206 и д. §. 346. §. 349. и у Wiener Ztschr. I. стр. 11 и д., нарочито стр. 26 и д., не сравњује заложно право са облигацијом већ обрнуто облигацију са заложним правом, истичући у првом реду не обвезу већ „одговорност“ (*Haftung*), *obligatio* у ширем смислу и делећи је, према објекту подмирене (*Satisfactionsobject*), у личну облигацију (*personae obligatio*) и стварну обвезу (*rei obligatio*). B. Scheurl у krit. Vjschr. II. стр. 434 и д. Vangerow I. §. 363. прим. 2. — Има их опет, који су пошли од заложних тужаба, па су отуд покушали да изведу природу заложног права у римском смислу. Rudorff у Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. 4. и Bachofen н. н. м. нарочито № III. стр. 81 и д. Но ма колико да су ти покушаји заслужни и поучни за историско сазнање и интерпретацију извора, опет за то се тим једностраним тврђењем не може крњити право да се већ развијена установа схвати са докматичног гледишта као материјално-правна B. и Brinz I. изд. §. 80 и д. Rudorff уз Пухту н. н. м (9. изд.).

3^а Сме ли се, с тога, заложно право назвати „правом на имовну вредност извесног објекта“ или „правом на вредност“? За то је Sohm стр. 12 и д. Bremer Pfandr. und Pfandobj. стр. 62. B. Hypothek und Grundschuld (1869) стр. 55 и д. (в. и Kohler стр. 47. 48. 52.). Против тога Exner стр. 25 и д.

4 И то се разуме по себи, ако се под стварним правом разуме само право на (тесену) ствар (§. 22.) Sohm н. н. м. стр. 26. Други узимају да је свако заложно право, па и заложно право на тражбини, стварно право, апсолутно право над каквом тражбином и бестелесном ствари, којим се стиче непосредна власт над заложеним правом. Windscheid §. 227. Neuner Rechtsvh. стр. 79 и д. Bremer н. н. м. стр. 80 и д. Hofmann н. н. м. Bremer стр. 39 и д. стр. 59 и д. види и у заложном праву ствари у јужем смислу само стварно право над правом (Recht an einem Rechte), над туђим правом сопствености, а не право над (тесном) ствари, чим се н.пр. односи сасопствености пајлакше објашњују; в. аустр. грађ. зак. §. 829. С њиме се у ствари слаже Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, стр. 13 и д. прим. 29., али не по терминологији, јер је по његовој терминологији апсолутност и стварност каквог права једно исто: „Заложно право није, ни у ком случају, стварно право, јер не даје повериоцу правну власт

над телом ствари, али даје повериоцу извесну сигурност, која је независна од личности залагача и с тога је, без обзира на то, шта му је предмет у поједином случају, у сваком случају, неко апсолутно право⁴. Против тога Windscheid 4. изд. §. 224. 227. прим. 7. 8., који опет за то одобрава Бремеров поглед, у коми се тиче права отуђења које заложни поверилац има, само упућује на то, да се у отуђењу права сопствености, посредно, испољава воља повериочева и у погледу тела ствари. Само налази да није довољно уочено право државине заложног повериоца, у коме се испољава поверилачка воља у погледу тела ствари, у свој њеној непосредности. Против стварног карактера заложног права над тражбинама посебице Bürkel у krit. Vjschr. XI. стр. 218. и д. У ошите против Виндшајда и Бремера Spiegel I. c. pag. 15. sq. в. Förster 2. изд. III. стр. 363 и д. Начелни је противник Бремеровог схватања Ex n. e. g. у наведеном спису. Он заступа са великим општрумљем и елегантношћу у извођењу мисао, да је у сваком случају ствар предмет заложног права. Против Бремера и Kohl-ег §. 4. Он мисли, да је са целом дубоко смишљеном теоријом права на праву готов, истицајући против исте један праван разлог, који се даје лако оборити и који је одавно обoren (в. прим. 2.) и повлачећи паралелу између тога и — непреносљивости осећања кушања. Bruns у Holtzendorff's Encyklop. I. стр. 310. 2. изд. стр. 374. вели за заложно право, да је то право реализацирања остварења вредности (Verwerthungsrecht), које са својим вршењем ништи сопственост, јер се до вредности ствари може доћи само давањем сопствености у замену. Али предмет тог права је опет ствар а не сопственост, јер „ствар има вредност, а не право“⁵. Зар баш тако? Зар није вредност сопствености оно, што заложни поверилац даје и што му се нуди? Шта је онда, кад он прода само *nudus proprietas*, која му је заложена? в. Pfaff у Wiener Ztschr. I. стр. 62 и д.

§. 365.

В. Врсте заложног права.

Повериоцу се може уступити државина над предметом, који ће му бити залога за сигурност његове тражбине, и то као (изведена) правна државина, у ком случају добија и државинске тужбе (§. 135. на крају) или као прост придржај са правом чувања (§. 93. not. l. m.). Залога се у том случају зове *pignus* у ужем смислу, а

данас ручна залога (Faustpfand). Заложно право без државине, на против, зове се *hypotheca*.⁶ Обе врсте заложног права могуће су како код покретних^{1a} тако код непокретних (тесних) ствари,² али прво само не код оних права, код којих нема државина. Како за *pignus* у ужем смислу тако и за хипотеку важи подједнако све оно што би потицало из саме природе заложног права, те с тога се често ова последња обухвата под првим изразом, а разлика се између њих у толико више губи, као од споредног значаја, у колико и хипотекарни поверилац може доћи у току времена до државине залоге (заложног предмета), на основу свог заложног права (§. 387. 380.).

Осим ове поделе заложног права могу бити још и других, на основу других обзира (§. 370.. 373. 384.. 386.).

Прим. I. L. 9. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. Cf. §. 7. J. de act. 4. 6. L. 238. §. 2. D. de V. S. (Gai. ad XII. tabb.) Pignus appellatum a pugno (?), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Против тога I. I. pr. D. de pign. act. 13. 7. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. L. 5. §. 1. D. de pign. 29. 1. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Cf. §. 7. J. cit. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest. De lege ferenda: Leonhard über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch blosen Vertrag и уз то један додатак о намераваном укидању constit. poss. у д. Beitr. z. Erläut. d. D. R. XXV. стр. 177 и д. В. прим. 1а. О етимологији речи *pignus*: од *pango*, *pago*, грчког πήγριτι pacisci? в. Dernburg I. стр. 49. Stölzel у civ. Arch. XLV. стр. 256 и д. — У старијем праву била је још једна врста залагања у путу преноса сопствености (у виду *mancipati-je* и *in iure cessi-je*) са условљавањем враћања сопствености у случају исплате дуга: *Fiducia*. Pauli sentt. II. 13. Gai. II. 60. Dernburg I. стр. 7 и д. Scheurl у krit. Vjschr. стр. 417 и д. Voigt die XII Tafeln II. §. 86. 121. Тај облик, као и *mancipatio* и *in iure cessio*, није прешао у Јустисијаново право. Он је постао сасвим излишан услед постанка других облика, који

су његовом смеру много боље одговарали. У L. 9. §. 2. cit. вероватно је изbrisано оно што се односило на тај облик; а у L. 49. § 1. D. soluto matr. 24. 3. имамо посигурно интерполяцију, која стоји с тим у вези, в. Vat. fragm. §. 94. В. и L. 4. § 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. I. 28. 29. D. fam. erc. 10. 2. и о томе Arndts Beitr. стр. 208 и д. (civ. Schr. I. 30.) и у продолжену Glück-овог ком. св. 47. стр. 53 и д. Windscheid Pand. §. 233а. прим. 1. Lenel у Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Bd. Rom. Abth. стр 104 и д. 177 и д. И данас је истина могуће пренашање сопствености на повериоца под горњим условом, али то данас не би било ишта друго, до безимени уговор (§. 235.). В. Seuffert's Arch. VII. 282. XIV. 90. Да ли се данас може у опште дозволити с обзиром на прим. 1а? Hellwig у civ. Arch. LXIV. 9. стр. 369 и д. — В. уз §. 365 у опште. Brinz 2. изд. II. §. 350.

1^a Но в. сад увод. зак. уз царев. стеч. пост. §. 14.: „ручна заложна права (Faustpfandrechte), у смислу §. 40. стеч. пост., постоје на покретним телесним стварима само онда, кад је заложни поверилац или неко трећи за њега дошао до државине (Gewahrsam) ствари, па је и задржао“.

2 Данас је то друкче по партикулар. правима, а с обзиром на установу хипотекарних књига. Но ближе о томе не спада у право Пандеката. В. Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der grösseren Staaten systematisch dargestellt hrs geg. von Meibom, од које су збирке до сад изашле ове свеске: das hannoversche Hypothekenrecht, написао Bar, 1871., das Mecklenburgische H.-R. нап. Regelsberger, 1. Abth. 1874. 2. Abth. 1878., das k. sächische H.-R. нап. Siegmann 1875., das österr. H.-R. нап. Exner, 1. Abth. 1876. 2. Abth. 1881. das württemb. Unterpfandsr., нап. Römer, 1876., das rhein.-franz. Privilegien- und Hypoth.-R. уз сарадњу Dreyer-a, Gorius-a, Heinsheimer-a, Lippold-a und Thoma нап. Puchelt; 1. Abth. 1876., 2. Abth. 1877., das preussische Hyp.-R., нап. Dernburg и Hinrichs, 1. Abth. 1877. В. Sohm über Natur und Geschichte der modernen Hypothek у Wiener Ztschr. V. стр. 1—37. Roth у krit. Vjschr. XXI, стр. 15 и д.

3 В. Stölzel н. н. м. (§. 288. прим. 2.); а уз то Bremeg н. н. м. стр. 119 и д. 181 и д.

С. Претпоставке заложног права.

§. 366.

1). Тражбина.

За постанак заложног права, тражи се пре свега, према његовом појму (§. 364), да постоји тражбина оног, коме би заложно право припадало^a, па макар да важи само као naturalis obligatio^b.¹ Но залога се може установити и за условну или будућу тражбину, у напред^c, као што се и јемац може у напред обvezati^d. У том случају постанак заложног права условљен је фактичним постанком тражбине^d.³

Прим. 1. Има их који тврде, да давање залоге за облигацију која није тужива може створити само право ретенције, а не и заложну тужбу. То је погрешно, cf. L. 13. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. Али се опет за то може десити, да се према заложној тужби може употребити исти приговор, са кога је лична тужба остала без дејства, са истог разлога са кога је то по §. 357. прим. 5. могло бити према тужби против јемца. L. 2. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 9. §. 3. D. de Sc. Maced. 14. 6. В. Büchel über die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen, у њег. Erörter. II. 1. Vangerow §. 364. прим. 2. Dernburg I. §. 72. 73. стр. 537 и д. Schwanert Naturalobligationen стр. 209 и д. Schott у dogm. Jahrb. XV. 1. спори, да је постојање тражбине претпоставка за постанак заложног права, али га опет сматра као акцесорно право, јер нема свој сопствени смер; в. против тога Karlowa Rechtsgeschäft стр. 37 и д. прим. 1. Windscheid §. 225. № 7. — Voss (dogm. Jahrb. XV. стр. 372 и д.) признаје истину, да из акцесорне природе заложног права потиче немогућност његовог постојања без тражбине, али спори, да отуда потиче и његова непрепосивост па другу тражбину. Brinz 2. изд. II. §. 348. спори, да залога јемчи за облигацију; она јемчи само за учинбу. По његовом појму то није акцесорно право, па и у самом римском праву одржало се

^a L. 1. 2. Cod. si pignoris conventionem numeratio (pecuniae) secuta non sit. S. 32 (33). cf. L. 33. D. h. t. 20. 1. ^b L. 5. pr. D. I. c. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. cf. L. 32. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. ^c L. 5. pr. D. cit. d L. 13. §. 5. D. h. t.

„независно од личне облигације, бар што се тиче свог трајања“ Бар „није неокрњено изведену схватање, да је заложно право акцесорне природе“. Windscheid I. §. 225. на крају. Још даље иду у отклањању те акцесорне природе заложног права модерни хипотекарни закони, од којих многи „баштински дуг“ (Grundschuld) сматрају као сасвим засебно право. Но и закони и писци разликују се врлојако у схватању природе, те модерне хипотеке и о економији и правној вредности те догме о њеној самосталности. В. Р. Roth krit. Vjschft. XXI. стр. 15 и д. Windscheid §. 225. № 14..18. и оне који су тамо наведени. Н. Rudolph у civ. Arch. LXVII. стр. 192..300. (против самосталног карактера). В. §. 389. прим. 2. и §. 391.

² Dernburg I. §. 68. 69. В. Scheurl стр. 408 и д. Windscheid §. 225. прим. 6. 7. §. 242. прим. 8. Brinz 2. изд. II. стр. 860. прим. 4.

З антиципирајуће залагање могуће је у двојаком смислу: као залагање за будући дуг и као залагање будуће ствари (в. §. 371. № 3.). То се није никад превиђало и само на то дају се свести оне појаве и места из извора на која се Schott позива. Schott не може да разуме у чему би било дејство уговора залагања, ако не у неком заложном праву? Одговор је на то ово: за постанак уговорне залоге (Vertragspfand) траже се дуг, заложни предмет, залагање. Ако у тренутку залагања нема једног од прва два услова, то нема заложног права и он постаје одмах чим опо чега нема придође, па и без знања оног који залаже. Види у осталом и §. 384.

§. 367.

2). Предмет за залагање^a.

Правило је: што има продајну вредност и што се може продати, то се може и заложити.¹ Дакле 1) пре свега ствари,² телесне ствари, које су *in commercio*^b, т.ј. сопственост над истим, са свима њеним ограничењима, дакле и кад је *nuda proprietas*^c, и интелектуалан део исте,^d и с друге стране и збир ствари (*Sachgesammtheit*), као

^a Dig. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. 20. 3. Cod. quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur. 8. 16. (17). ^b L. 3. 6. Cod. I. c. L. 4. §. 2. D. I. c. ^c L. 18. §. 4. D. de pign. act. 13. 7. ^d L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4.

целина^e, па и будуће ствари у напред;^f 2) стварна права користовања (Nutzungsrechte) на туђој ствари,^g и то не само као већ постојећа права од стране оног који их има, у колико су преносљива, дакле емфитевеса и суперфиција у опште, а узусфруктус само у погледу његовог вршења^h, већ и она права такве врсте која ће сопственик тек установитиⁱ; 3) тражбине, *nomina*, у колико се могу уступати^k, (в. §. 258. прим. 5.), а том приликом може се дати сама задужница у ручну залогу^l. Са тражбином или и без ње може се и 4) само заложно право даље заложити; поверилац може као што се то каже,^m предмет који је њему дат као залога заложити даље неком трећемⁿ, услед чега постаје тзв. пазалога (Afterpfandrecht, Subpignus)^o. О *pignoris executi*-ји у случајима 2..4. в. §. 382.

Побројани предмети могу се заложити, не само сваки за се, већ и у опште (генерално) т.ј. они се могу обухватити једним више или мање обухватајућим колективним изразом и као такви заложити^o. Тако се, посебице, може и цело имање једног лица, како садашње тако и будуће, узети као предмет залагања^o, и на тај се начин залагања поглавито односи израз «генерална хипотека (General-hypothek)^o или општа залога (allgemeines Pfandrecht)^o.

Прим. 1. L. 9. §. 1. D. de pignor. Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. О том правилу в. Huschke у Linde's Ztschr. XX. стр. 181 и д. Scheurl и. н. м. стр. 485 и д.

^e L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 4. ^f L. 15. pr. eod. ^g L. 13. §. 3. eod. L. 15. D. qui pot. 20. 4. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. §. 6. D. de superficie 43. 18. ^h L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 4. L. 15. pr. eod. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 49. D. de usur. 22. 1. ⁱ L. 11. §. 2. L. 12. D. de pign. 20. 4. ^k L. 4. Cod. h. t. 8. 16. (17.) L. 7. Cod. de her. v. act. vend. 4. 39. ^l L. 20. D. de pign. cf. L. 44. §. 5. D. de legat. I. m. Cod. si pignus pignori datum sit. 8. 23. (24). ⁿ L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de distract. pign. 8. 27. (28). ^o L. 6. 15. §. 1. D. de pignor. L. 9. Cod. h. t. 8. 16. (17).

2 И готов новац: L. 34 §. 2. D. h. t. 20. 1. L. 7. §. 1. D. qui pot. 20. 4. cf L. 7. D. de stip. praet. 46. 5. Windscheid §. 226 a. прим. 2. Dernburg I. стр. 429 и д. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das sog. pignus irregulare. 1868. стр. 15. и д. о томе Hoffmann у krit. Vjschr. XII. стр. 542 и д. У модерним законима (нпр. у немачком царев. грађ. пост. §. 101.) често се спомиње осигурување у путу депоновања готовог новца. — О једном посебном правном ставу, који важи само за заложени новац в. §. 372. прим. 2.

3 О залагању iura in re aliena в. нарочито Büchel Erörter. I. 3. von der Pfördten у civ. Arch. XXII. стр. 24 и д. Lang тамо XXIX. 10. R. Schmidt у Linde's Ztschr. н. р. V. 8. (rect: 9.). Dernburg I. §. 26. стр. 218. и д. §. 62. 63. стр. 484. и д. Göppert über die Verpfändung von Grundgerechtigkeiten у civ. Arch. XLIX. 12. Sohm н. н. м. стр. 26 и д. Eisele über Verpfändung von Servituten insbes. v. Prädialserv., у civ. Arch. LXV. 3. стр. 113 и д. — У поједином ваља притетити ово:

а) најмање има тешкоћа, по аналогији залагања ствари, у залагању емфитевесе и суперфиције, (not. g.), које, у осталом, извесни писци сматрају као залагање саме ствари: тако Büchel Erörter. I. стр. 121 и даље и 2. изд. стр. 435 и даље, и у новије доба Dernburg §. 26. Exner стр. 75 и д., против тога Arndts у Linde's Ztschr. н. р. III. стр. 285 и д. Windscheid §. 227. прим. 3. Schm н. н. м. стр. 33 и д. На залагање суперфиције односине се и L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18. Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitorum quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est: где Huschke већто поправља: pignori quoque insuper superficiem dari, али где је већ Faber поправио био: pignori quoque et super. dari etc. (Мане задовољава поправка по којој треба да дође на место petitorum просто creditori; Mommsen ad h. l.). Да та права може сопственик заложити, као таква која не се тек установити, ван сваке је сумње, јер је и

б) могућност установљавања у намери залагања или залагање узусфруктуса који ће се тек установити од стране сопственика, као и залагање већ постојећег узусфруктуса које би извршио узусфруктуар, сасвим јасно признато у L. 11. §. 2. D. 20. 1. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11. respons., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei

ius uti frui invito se, tali exceptione eum praetor tuebitur: si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicitur exceptio. Cf. L. 15. pr. D. eod. Прво, но не и друго, може се, без омишљања, применити и на usus, јер у првом случају поверилац не постаје сам узусфруктуаром, бар не мора то бити и у сумњи се шта више не може узети, да је се то хтело. Vangerow §. 367. на крају. Windscheid §. 227. прим. 11. против Dernburg §. 63. В. уз то Времер стр. 125 и д. Exner стр. 63 и д. — „О заложном праву са правом установљавања службености“ (Pfandrecht mit Servitutenbestellungsrecht) Kohler §. 4. (в. и §. 13.), чије излагање није ни у чем допринело болем и јаснијем схватању тог односа, но што су то учиниле „чудне конструкције данашње цивилистике“, за које вели да су све од реда „погрешне“. — О залагању постојеће личне службености сопственику служеће ствари, као и „о демонстровању случаја“ у коме се „као предмет тог заложног права може замислiti само право службености“: Eisele н. н. м. стр. 116 и д.

с) то исто важи и за уступање iura praediorum rusticorum у намери залагања по L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aqueductus pignoris conventio locum habeat? videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. У том је истина једно изузеће од строгог принципа не-преносивости баштинских службености, у колико би се узело, као што то чини Puchta §. 178, да се тиме службеност уступа повериоцу и по праву и да је овај тиме добио право, да за рачун неког трећег исту установи, ма да би то у ствари била друга службеност. Тако би исто у неколико недоследно било и онда, кад би се то место тако разумело, да је повериоцу привремено уступљено само фактично вршење (quasi possessio) службености, с правом, да за тим за неког трећег, који ће му платити извесну куповну цену за то, установи такву службеност, јер она службеност коју поверилац привремено врши, у ствари није иста са оком, која доцније постаје као право неког другог баштиника, — а међу тим је простије, дати повериоцу хипотекарно право, да службеност која ће се установити прода тако рећи као део сопствености. Büchel Erörter. I. 3. стр. 74 и д. 2. изд. стр. 425 и д. Против мњења, да је овде могуће само ручна залога а не хипотека (код које је

оступање мање по код прве), да је могућа само код оне четири именоване службености (Schmid н. н. м. стр. 356 и д. Elvers Servitutenlehre §. 38.; в. и Dernburg н. н. м.), даље да продаја коју је извршио поверилац не даје купцу стварно право службености, већ само quasi possessio над истом (Rudorff у krit. Jahrb. VIII. стр. 325., Cohnfeldt die irregulären Servituten стр. 87 и д.) в. Vangerow §. 367. II. 1. Windscheid н. н. м. прим. 10. 11. Тема право Rudorff уз Пухтв §. 178. not. к. што се позива на то, да vendere servitum не значи пренашање права већ дозволу uti licere (боље: да на то обvezује). То је истина, да по старијем праву заложни поверилац није могао пренети цивилноправну службеност без in iure cessio сопственика, као што није могао пренети ни квиритарну сопственост над заложеном res mancipibes mancipatio и in iure cessio, већ да је могао пренети само servitus tuitio praetoria, а у другом случају само бонитарну сопственост. Али као год што је по старијем праву, свака продаја заложене res nec mancipi, а по новијем праву свака продаја и сваке друге ствари, давала купцу, кад придође традиција, потпуну сопственост, тако му се мора признати и у горњем случају потпуно право службености. — Још једно друго мњење заступа Keller у Bekker's Jahrb. II. стр. 212 и даље уз кога пристаје Kinder-vater тамо VI. стр. 129 и даље, а то је: L. 12. cit. односи се на евентуелну продају службености од стране дужника повериоцу. Против тога опет Vangerow и Windscheid н. н. м. В. сад још Goppert н. н. м. стр. 296 и д. Bremer стр. 127 и д. 194 и д. Windscheid н. н. м. (4. изд.). Eisele н. н. м. стр. 123 и д., који мисли „да је Паулус мислио на сопственика послужног добра и да на њега циља са изразом vicino“. Против тога Bechmann d. Kauf. II. стр. 130 и д.

d) На против по L-у 11. §. 3. D. eod.: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Да се ово место тиче залагања од стране оног који има право на службеност мисли von den Pförden н. н. м. стр. 29 и д. Windscheid прим. 10. Против тога, са већином писаца, Vangerow §. 367. II. 2. Вероватније је објашњење тог става, са гледишта старије државинске залоге (Besitzpfändes), да за servitudes urbanae није било засебних интердиката (§. 192. прим. 4.), Rudorff у Ztschr. f. gesch. R.-W. XIII. стр. 185 и д. Bachofen н. н. м. стр. 79; против тога опет Dernburg I. стр. 497. прим. 16. В. и Voigt Bericht der phil.-hist. Classe d. sächs. Ges. d. Wiss 1874. стр. 183. По начелима новијег заложног права и његовом праву продаје горнији је став потпуно недоследан, кад се службености могу

уступати простим уговором, без quasi traditio, (§. 188. прим. 1.). В. Brinz I. изд. стр. 296. Windscheid н. н. м. Goppert стр. 309 и д. Hölder über d. Anwendung der Verpfändung auf servit. urb. у civ. Arch. LXIII. 4. стр. 113 и д. Eisele н. н. м. стр. 119 и д., од којих овај последњи сматра, да је у поменутом месту „исказан један теориски став, заснован на погрешном извођењу закључка“, и да „тај став нема обавезну снагу законског наређења“. Kohler §. 14. спори (стр. 282.), да се са „via iter...“ у L. 12. cit. (в. горе lit. c.) истиче противност према serv. urb. (L. 11. §. 3. cit.) (!) и разуме, да се питање, које се на том месту (L. 11. §. 3.) негативно решава, тиче питања: да ли је могуће залагање службености која већ постоји од стране оног који на исту има права ономе који је истом оцерећен, тако да кад изостане цлањање, да престаје и сама службеност.

4 О томе посебице в. у најновије доба Stöcker у prakt. Arch. н. р. VII. 11. стр. 337 и д. Michael J. Hottineanus (Romanus) diss. inaug. de pignore nominis. Berol. 1875. — G. Marcus die Verpfändung ausstehender Forderungen mit Ausschluss der Hypotheken und Inhaberpapiere (e. vergleichende Darstellung nach gem. preuss. u. Handelsrecht). Berlin. 1876. о томе Regelsberger у Jen. Litztg. 1877. № 8.) Wittelshöfer d. Pfandr. an einer Forderung (pign. nom.) 1876. о томе Strohal у Wien. Ztschr. VI. стр. 264 и д. Hellwig d. Verpfändung u. Pfändung von Forderungen. Lpzg. 1883., где је и преглед лит. О царевинском праву у том погледу в. Mandru стр. 283. и д. 2. изд. стр. 383. и д. 387 и д., в. доле § 382. — Као случај тражбинског заложног права (Forderungspfandrechts) може се сматрати и тзв. pignus irregulare на готовом новцу, правни однос код каузија у готову (Baarcautionen). То је темељно извео и доказао Pfaff н. н. м. стр. 35 и д. „онај који прима каузију добија заложно право над тражбином која постоји према њему самом“; против тога Exner стр. 173 и д., а против обојице Windscheid 4. изд. §. 224. прим. 2. §. 226 а. прим. 2. У другом опет правцу оспорава Пфафову теорију Hanausek у додатку уз његов спис: über d. uneigentl. Niesbrauch (1879.), смеш је р. irreg. да се створи могућност обрачуна; уговор каузије је pact. de compensando; против њега а за Пфафово схватање Strohal у Wiener Ztschr. VII. стр. 411 и д.

5 Има их који споре да је давање у пазалогу (Afterverpfändung) залагање заложног права. Büchel н. н. м. I. 3. стр. 99 и д. 103 и д. (2. изд. стр. 389 и д. 437 и д.) Huschke у Linde's Ztschr. XX. стр. 221 и д. Vangerow §. 368. прим. 2. Exner стр. 79 и д. Тад је спор тако исто неподдан и неоснован, као и спор,

да ли је залагање емфитевесе и суперфиције залагање тих права или залагање њиховог предмета? (прим. З а.). Неподан је у толико, у колико и они, који сматрају, да је предмет залагања оно добро које је под емфитевесом, заложена ствар, не могу а да не признаду, да поверилац тиме не добија никакво веће право од оног које обухвата право залагача. В. Zeiller Comm. z. östch. Gb. II. стр. 262. Brinck I. изд. стр. 325. 2. изд. II. стр. 838. држи, да то није баш тако све једно „на ма то било, ради добијања исправнијег схватања“ (Vorstellung); а са Huschke-ом наглашује, да заложно право не спаца у отуђиве ствари. Да ли је то баш тако сигурна ствар? Зар заложни поверилац може само свом повериоцу дати своју залогу у пазалогу, а не и повериоцу неког трећег? И зар ово не може бити и за плату? А осим тога — „зар је појам заложног права у ширем смислу само у праву продаје?“ Windscheid §. 239. прим. 14. Dernburg I. стр. 476. и д. Schmid Cession I. стр. 140 и д. и уз то сад нарочито Sohm и. н. м. стр. 53. и д. Bremerg стр. 215. и д. Bethmann-Hollweg стр. 42, в. доле §. 382. — Ако се и оно право, које по немачком и француском праву може бити, и по коме се под извесним условима може заложити и туђа ствар, може сматрати као заложно право, које се јавља као право реализација вредности залоге (Verwerthungsrecht), које се врши не у путу продаје већ у путу залагања, као што то чини Kohler §. 1—3., онда то право стоји према праву пазалоге (Afterpfandrecht), у онаквом односу у каквом стоје случајеви у not. i. према случајевима у not. h. Пазалагач може своје заложно право заложити, за то што је његово; овај други може заложити туђу ствар за то, што му је ствар дата у његову власт.

5^a И друга се још права могу заложити, н.пр. ауторско право (Autorrecht), в. Dernburg I. §. 64.; Kohler (Patentrecht) стр. 166 и д. и dogm. Jahrb. XVIII. стр. 411.

6 L. 9. Cod. h. t. (Justinianus.) Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel: per earum exactionem satisfieri tibi permitto (promitto): sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoria(m) videri... Super qua generali hypotheca illud quoque... sancimus, ut, si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto: tam praesentes quam futuras, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. Cf. L. 2. Cod. de pignor. 8. 13 (14). — Но противност између генералног и специјалног залагања може се схватити и у релативном смислу само (not. n.) — Vangerow §. 369.

Puchta §. 195, not. h. „некад се водио сасвим бескористан и неминовно безуспешан спор о томе, шта значи генерално и специјално заложно право. Ти појмови и не постоје, што доиста постоји то је: генерално и специјално залагање, о чијем значењу не може бити никаква спора“. Може бити, да би боље било употребити за описане ових случајева израз „кумулативно“ залагање.

D. Обим заложног права.

§. 368.

1). У погледу предмета.

Заложно право на одређеној ствари простира се, по себи, и на увећања њена, која би придошла, а која би као несамосталне акцесије делиле њену правну судбину, н.пр.¹ нанос^a, зграде^b. По томе, у случају, кад је заложена *nuda proprietas*, заложно право обухвата и узус-фруктус, који би после придошао.² Посебице плодови ствари могу се заложити не само изрично као будуће ствари^c, већ су и без тога обухваћене залагањем главне ствари,^d у колико сопственост над њима, од тренутка њиховог одвајања од главне ствари, не би стекао неко други а не залагач или његови наследници.

Залагање скупа, збира ствари, н.пр. стада, простира се и на оне делове његове, који би доцније придошли и по правилу^e обухвата све јединке, које улазе у исту, као кад би свака од њих специјално, нарочито заложена била^f.

Исто тако и свако генерално залагање, нарочито залагање целог имања, дејствује, по правилу, у погледу свију предмета, који одмах с почетка у исто улазе и.и.

a L. 16. pr. D. de pignor. 20. 1. L. 18. §. 1. D. de pign. act. 13. 7.
 b L. 29. §. 2. L. 35. D. de pign. L. 21. D. de pign. act. 13. 7. c L. 18.
 §. 1. D. eod. d L. 15. pr. D. de pignor. cf. L. 11. §. 3. D. qui pot. 20. 4.
 e L. 1. §. 2. L. 26. §. 2. L. 29. §. 1. D. de pignor. L. 3. Cod. in quib. caus. pign.
 8. 14. (15.) L. 1. Cod. de partu pignoris. §. 24. (25.) cf. L. 18. §. 2. D. de pign.
 act. 13. 7. L. 1. pr. D. de Salv. interd. 43. 33. f L. 13. pr. D. de pignor.
 g arg. L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 32. D. de pign.

који би доцније у исто ушили, као кад би сваки од њих специјално, нарочито, заложен био^h, тако да они остају обухваћени заложним правом и онда, кад би за тим отуђењем изашли из имањаⁱ. Међу тим се при залагању целог имања извесни предмети прећутно изузимају^k.

Прим. 1. Овде не спада *insula in flumine nata*, arg. L. 9. §. 4. D. de usufr. 7. 1., *alveus relictus*, arg. L. 3. §. 2. D. de aqua 43. 20. (где вала читати *fundo meo место fundo tuo*). Windscheid §. 226 а. прим. 12. Dernburg I. стр. 437.

2 „Како ће бити онда, кад сопственик плодоуживање натраг купи или кад га плодоуживалац на њега пренесе, у виду поклона? Очевидно је, да се то место (not. e.) односи само на случај, кад плодоуживање, према својој природи, смрћу (или услед *capitis deminuti-je*) пропадне и на сопственика претеже“. Windscheid §. 226 а. прим. 13. в. доле §. 389.

3 Има их, који су другог мијена, због Pauli sentt. II. 5. §. 2. „Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit“. Puchta §. 203. not. f. у неколико и Bachofen стр. 154.). В. против тога и о опиширној лит. по овом спор. питању Vangerow §. 370. прим. I. (7. изд. I. стр. 823 и д.), уз то Schlayer у civ. Arch. XLIX. стр. 87 и д. Zoltowski de pignore rei frugiferae. Berol. 1870. В. Hollweg стр. 15 и д. — Друго је питање, у колико се заложна тужба због главне ствари простире и на плодове као *causa rei?* L. 16. §. 4. D. de pignor. (§. 378.) Vangerow н. н. м. под II. В. Hollweg стр. 62 и д.

4 Један особити случај расправља L. 34. pr. D. de pignor. 20. 1. Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quacsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias compraverit, easque in eam tabernam intulerit, et deceaserit, an omnia quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. На основу овог

h L. 15. §. 1. D. de pignor. 20. 1. not. g. i L. 8. §. 4. (5). Cod. de secund. nupt. 5. 9. L. 47. pr. D. de iure fisci. 49. 14. I. 1. Cod. de conv. fisci debitor. 10. 2. L. 17. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28.) cf. L. 2. 3. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. 20. 2. k L. 6..9. pr. D. de pign. cf. L. 1. Cod. quae res pign. 8. 16. (17.)

места учињен је покушај, без довољно основа, да се од тога начини опште правило. В. §. 48. прим. 4. Puchta §. 203. not. d. Vangerow §. 369. прим. 3. Dernburg §. 59. Но в. и Huschke н. н. м. стр. 252 и д. Brinz 1. изд. стр. 296 и д. Windscheid §. 226 а. прим. 4. Bethmann-Hollweg стр. 85. Wächter II. стр. 521 и д.

5 В. Birkmeyer Vermögen стр. 55 и д.

§. 369.

2). У погледу тражбине.

Цела залога одговара неподељено за целу тражбину и за сваки њен део^b; *pignoris causa indivisa est*^c; а више за један исти дуг заложени ствари одговарају све дотле, док се цео дуг не измири^d.

Осим тога залога не одговара само за главну тражбину, ради које је дата, већ, као јемац, и за прираштај, вишак (*Zuwachs*)^e т.ј. за све оно, што се по тражбини, са срећвима која отуд потичу, може тражити, нарочито интерес због доцње, даље парничне трошкове, за тим прикладне трошкове учињене на залогу^f. За уговорни интерес, као и за уговорену казну (§. 211.) одговара залога само у толико, у колико се залагање и на то односило^g. Но то се, у сумњи, мора претпоставити, ако је залагач, у знању постојања обвезе плаћања интереса, установио залогу за главну тражбину^f, не ограничавајући одговорност исте само за главну тражбину.

Прим. 1. О правилном схватању тог става и његовим последицама: Dernburg §. 82..85. II. стр. 28. и д. Brinz 2. изд. II. §. 356.

2 О томе Dernburg §. 76. I. стр. 550. и д.

a L. 6. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28.) L. t. Cod. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. 8. 31. (32.) L. 65. D. de evict. 21. 2. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. b L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. l. c. 8. 31. (32.) c L. 8. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. d L. 8. §. 5. cit. L. 6. Cod. de pignor. 8. 13. (14.) e L. 13. §. 6. D. de pignor. L. 11. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. f L. 18. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 4. 22. Cod. de usur. 4. 32.

З Тиме се неће да каже то, као што Dernburg I. стр. 555. схвата, да се залагање, и без знања о тој обвези, не може односити на интерес. Али ако је залагач држао као позитивно, да је тражбина без интереса, па је само за такву хтео дати залогу, то онда он може у погледу одговарања за интерес, не само по „обичним начелима о заблуди своју изјаву као неважећу оспорити“, већ и у опште порећи, да је дао залогу и за интерес.

II. СТИЦАЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА.

§. 370.

Заложно право може постати или вољном радњом оног (или његовог заступника), чији је предмет т.ј. по приватној одредби (*Privatdisposition*), тзв. *pignus voluntarium* (§. 371.) или независно од приватне воље, тзв. *pignus neecessarium*, и то по судском наређењу (§. 372.) или непосредно по законском наређењу (§. 374.). Отуда:

A. Постанак заложног права.

§. 371.

1). По приватној одредби.

По приватној одредби може постати заложно право или на основу последње воље, по правилима о завештањима, тзв. *pignus testamentarium*^a, или по споразуму, тзв. *pignus conventionale*, за шта није потребна никаква особита форма за изјаву воље. Но редован је услов, да се предмет залагања (ствар или право) налази у имању залагача^c, и да исти има право отуђења^d. Према томе, по правилу, може пуноважно залагати^e само сопственик

a L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. §. 2. (L. 1.) Cod. comm. de legat. 6. 43. (§. 575.) b L. 1. D. 1. c. L. 34. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. 20. 2. c L. 23. D. de probat. 22. 3. d pr. L. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 11. §. 7. L. 12. L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. 3. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 11. §. 7. L. 12. L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. act. 13. 7. e L. 6. Cod. si aliena res pign. data sit. 8. 15. (16.)

дотичне ствари а сопственик само свој део^f. Но 1) важи и дејствује као заложно право, оно право које би као такво поштени држалац какве ствари уступио, у оном обиму у коме исти има права на *Publiciana in rem actio*^g; 2) залагање туђе ствари такође важи, ако је извршено по изричном или прећутном пристанку сопственика^h, или ако би га исти одобриоⁱ; 3) залагање може важити и у будуће, како у погледу будући ствари^k, тако и у опште за случај, ако залагач у будуће стече ствар^l, и то се разуме по себи, кад је заложено цело имање, у погледу доцнијих тековина^m, као и у погледу залагања какве туђе ствари, према којој залагач има право тражбине; и 4) залагање туђе ствари може да постане важеће и онда, кад залагач накнадно постане сопственикомⁿ, или сопственик заложене ствари постане наследником оног који је ствар зложио^p.

У осталом, заложно право може постати и задржавањем права залоге, при отуђењу какве ствари, као што може постати и службеност на тај исти начин (§. 188.), а тако исто и приликом завештања, које је учињено на тај исти начин (§. 575.). У том се случају сопственост стиче са заложним правом, којим је она одмах од тог тренутка оптерећена.^q Тако исто^r може бити залагања са условом или роком^s.

Прим. 1. „О залагању ствари, које нису оног који их залаже,“ в. у опште Huschke у Linde's Ztschr. XX. 6. и Bachofen стр. 66 и д. 541 и д. Vangerow §. 372. прим. 2. Dernburg I. §. 31. стр. 261 и д. Посебице: а) уз № 1. в. L. 18. D. h. t. 20. 1. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori

f L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 20. (21). L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. g L. 18. L. 21. §. 1. D. de pignor. 20. 1. L. 14. D. qui pot. 20. 4. h L. 20. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 26 §. 1. D. de pignor. L. 5. §. 2. D. in quib. caus. 20. 2. L. 2. Cod. si aliena res. 8. 15. (16). i L. 16. §. 1. D. de pignor. (§. 78). k L. 15. pr. cf. L. 1. §. 2. D. de pignor. l L. 16. §. 7. D. eod. m L. 1. pr. L. 15. §. 1. eod. n L. 1. pr. eod. cf. L. 58. (56). D. ad Sc. Treb. 36. 1. o L. 5. Cod. si aliena res. 8. 15. (16). L. 41. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de pignor. 20. 1. L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. p L. 22. D. de pignor. L. 41. D. cit. q L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1.

accepit, sic tueretur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. Dernburg I. стр. 222 и д. Bremer стр. 42 186 и д. Windscheid §. 230. прим. 6. B.-Hollweg стр. 69. Временег назива тај случај залагањем по публицијанском праву. Но, по правилу, тај ће се случај у том облику десити, да поштени држалац залаже дотичну ствар у вери, да је њен сопственик, што ће имати важности само према оном, према коме би залагач могао одржати победу кад употреби Publ. actio. Истина се може замислити и такав случај, да поштени стечник, који већ у том тренутку зна, да није сопственик заложене ствари, опет за то залаже, ослањајући се на његово публицијанско право, али то би било неко слабачко право залоге, које по данашњем праву не може стећи у путу застарелости. Но овде је, као што нам се чини, не само стало до тога, шта ко хоће да заложи, већ шта се залаже. — Друго је опет питање, да ли је онај, који је bona fide примио нешто као ручну залогу од оног, који није сопственик, заштићен у погледу дате му залоге? На то се питање мора одговорити са није, јер римско право не признаје неку државину заложног права (Pfandrechtsbesitz). B. Dernburg I. стр. 223. Не тиче се тог питања L. 13. §. 1. D. 6. 2., као што то погрешно узима Bethmann-Hollweg стр. 12., већ је у њој исказана свим обична истина, да у том случају нема места обичној a. Publ. (= util. rei vind.)

b) уз № 4. и то:

aa) у погледу случаја, кад залагач постане сопствеником (not. o.), в. α) L. 5. Cod. 8. 15. (16). (Dioclet. et Max.). Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae daretur. β) L. 1. pr. D. h. t. (Papinian.) Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. Уз то Bethmann-Hollweg стр. 10 и д. γ) L. 9. §. 3. D. 20. 4. (African.) Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatū dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque

cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inventiri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatū praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse. — Према томе конвалесценца заложног права дозвољава се само aequitatis causa, у путу давања utilis acti-je, те с тога се та тужба не даје оном повериоцу, који се налази in mala fide и дозвољава се само doli exceptio према залагачу. L. 1. pr. cit. cf. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. Међу тим, има их, који тврде, arg. L. 9. §. 3. cit., да utilis actio наступа само онда и дотле, док залагач (или његов наследник) задржава сопственост (а онда ваљда има јој места и према трећем бесправном држаоцу?), а не и после извршеног отуђења ствари, против новог стечника, ако овај не би ништа знао о извршеном залагању, осим ако није стекао ex causa lucrativa, arg. L. 4. §. 27. 31. D. de doli except. 44. 4. Huschke н. н. м. стр. 235 и д. Windscheid у Linde's Ztschr. н. р. III. 10. Bachofen стр. 544 и д. Schmid Grundlehren der Cession I. стр. 324 и д. Против тога Vangerow 6. изд. I. стр. 949., 7. изд. стр. 834 и д. Dernburg I. стр. 262 и д. Кад би се горње гледиште усвојило, онда би се, разуме се, морало признати „да је римско право у овом погледу учинило застој у свом развију“; Windscheid н. н. м. стр. 438., но он, опет за то, изјављује сасвим одлучно „да не смемо остати на решењу, које је донео Африкан“. Pand. §. 230. прим 8. arg. L. 4. §. 32. D. I. c. в. горе §. 168 прим. на крају. У L. 9. §. 3. cit., који наређује противно, пада у очи та околност, да се по њему конвалесценца ограничава у погледу заложног права, које би по други пут било дато в. Windscheid н. н. м. стр. 431 и д. Vangerow оставља то решење необјашњеним, али му опет признаје законску важност. Међу тим Bachofen стр. 556. још даје поопштрава и чини још уочљивијим то решење, својим хиперсубтилним тврђењем, да конвалесценца другог заложног права не наступа ни онда, кад је први заложни поверилац измирен пре стицања сопствености од стране залагача. Други опет покушавају да то ограничење објасне особитим погледом Африкануса или у опшите погледом, који је владао у старије доба и по коме се залагање по други пут сматра као условно „ако се први заложни поверилац измири“. Тада је поглед доцније напуштен, одбачен и према томе је и горње ограничавање у погледу другог заложног права отпало. Müller у civ. Arch. XI. I. стр. 392 и д. 408 и д. Löhr тамо XIV. стр. 169 и Dernburg I. стр. 264 и д. Против тога опет Scheurl у krit. Vjschr. II. стр. 453., који мисли, да горње ограничење још и данас вреди, поткрепљујући га објашњењем, које се посигурно не може одржати.

„Pignus... confirmatur“, вели он, значи: повериоцу се на основу извршеног залагања даје стварно-правна заложна тужба против сваког трећег“. А то не може бити докле год неки други поверилац има ту исту тужбу и против њега“. Кад би то тако било, онда би се са истим правом могло рећи, да и сопственик нема права, да уступи неком по други пут заложно право, док је прво још на ствари, коју по други пут залаже или би ово друго заложно право морало пропасти, кад би се ствар отуђила а прво заложно право не би било задовољено, јер шта значи: „pignus datur“? А кад Scheurl додаје: „по данашњем праву Мевијус би могао тражити хипотеку на другом месту, дотле, док је Тиција сопственица А ако је то пропустио учинити, то онда... не може то тражити, кад је Тицијус већ измирен“, онда ваља напоменути ово: ако је Тицијус пропустио, да удејствује хипотеку за своје прво заложно право, то он не може више то тражити тужбом према мужу Тиције, qui bona side in dotem praedium aestimatum accepit; у том су погледу дакле Тицијус и Мевијус једнаки.

bb) другог се случаја (not. p.) тичу у истој наведеној мesta, која се међу собом не слажу: α) L. 22. cit. (D. 20. 1.) (Modestinus lib. VII. differentiarum.) Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori β) L. 41. cit. (D. 13. 7.) (Paulus lib III. quaest.) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. — „Сви покушаји да се сложе Модестин и Паулус остали су безуспешни и већином су такви, да не вреди излагати их тачније... Ја мислим да се нико неће ни најмање омисљати, да приступи мњењу, које је исказао Паулус, а да мњење Модестина одбаци“. Bachofen стр. 548 и д — Против тога Windscheid у Linde's Ztschr. III. стр. 439. „Опште је мњење, као што изгледа, сложно у томе, да постоји сукоб између Паулуса и Модестина, или да мњење Модестиново ваља усвојити. И ја сам тог мњења“. Тако исто и Vangerow 7. изд. стр. 835. и д., по аналогији случаја под а) и § 168 прим. 1. Brinz 1. изд. стр. 301. Dernburg I. стр. 268 и д. и др. Против тога истина опет Scheurl и. н. м. стр. 452, који под utilis pignoratitia у L. 22. cit. разуме, као и

старији објасниоци овог места, пуноважну (*utilis* у том смислу) *actio pigneratiti-jy in personam contrari-jy*, која је постала из заложног уговора тестатора управљеног на установљавање залоге, а по данашњем праву, који је управљен на упис хипотеке на ствари наследника и по томе и не признаје да има каквог сукоба између тог места и L-a 41. cit.

2 О задржавању заложног права приликом завештања какве ствари в. §. 575. на крају. Што се тиче задржавања тог права приликом отуђивања ствари, то је Dernburg §. 32. мњења, да у задржавању сваког стварног права и.пр. какве службености, па по томе и заложног права, пишта друго не треба видети, до установљавање истог права од стране стечника по довршеном стицашу сопствености и у томе се слажу с њим Scheurl стр. 453. Windscheid §. 230. прим. 11. §. 212. прим. 12. Freisen Vorbehalt v. dingl. Rechten bei Eigentumsübertragung (1881.), нарочито §. 4 и д. Kohler стр. 261. То се мњење не може никако сложити са оним што знамо о deducti-ju servitutis код mancipati-je и ip iure cessi-je, према Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50. Према истим не дà се замислити, да је један римски правник могао доћи па мисао, као што Dernburg I. стр. 279 узима, да је малолетник, коме је каква баштина манципирана deducto usufructu, стекао тиме plenam proprietatem, јер он није могао уступити узусфруктус па стеченом добру sine decreto. Што Dernburg против тога најволи, све то не доказује ништа више и то, да је deductio била без вредности, ако она, према приликама, не би била у стању, да доиста конституира службеност; задржавање неког дела сопствености, који је висио у ваздуху, било је, ван сваке сумње, без икакве важности. Има опет писаца, који се слажу са овим разлагањем у погледу службености (в. §. 188. прим. 2.), али опет мисле, да је горње мњење умесно, у колико се тиче заложног права. Büchel Erört. I. 2. стр. 73 и д. (2. изд. стр. 187 463 и д.) Sintenis Pfandrecht стр. 209. Vangerow I. стр. 874. Keller §. 207. на крају. Они се ослањају у томе па L. 1. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. (Ulpian.) Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quae situm est minori, coepit non posse obligari. Међу тим се то мњење Улпијана не може објаснити природом заложног права, у супротности према службености, већ, као што вели Keller, из његове преторске природе и неприменивости mancipati-je, in iure cessi-je ит.д., која отуд потиче, а посебице, по свој прилици, стоји с тим у вези, што се у формулама заложне тужбе прет-

постављала *conventio ut pignori sit*, у време кад је ствар била in bonis залагача.

3 „О условном заложном праву и заложном праву код кога постоји dies“, в. Huschke y Linde's Ztschr. XX. 5. в. Dernburg I. стр. 181. II. стр. 296 и д. Bethmann-Hollweg стр. 48 и д.

§. 372.

2). По судском наређењу.

Судска наређења, услед којих може постати заложно право, јесу:

1) упут у државину, missio in possessionem, у колико се иста даје ради осигурања испуњења тражбине. Заложно право, *pignus praetorium*^a, постаје у овом случају онда, кад поверилац на основу истог дође до фактичне државине^b;

2) судско наређење, да се узме нешто у попис (Auspfändung), ради извршења пресуде. У овом случају заложно право, *pignus in causa indicati captum* или тзв. *pignus iudiciale*,^c постаје, кад се попис (Pfändung) доиста изврши^d.

3) судска досуда (Zuspruch), у деобном поступку^e, кад судија једној страни наложи, извесну учинбу према другој страни и овој, ради исте, да заложно право, на ствари, која је досуђена првој.^f

Прим. 1. О томе је опширно писао Bachofen стр. 281..480. в. §. 93. not. k..m. Так је Јустинијан био тај, који је ово заложно право дао и у погледу тражбина, L. 1. Cod. h. t. 8. 21. (22.), и с њим везао хипотекарну тужбу, L. 2. eod. Так тиме је „*pignus praetorium* постало права залога. Али је... пренашање заложног појма и на упут у државину прост покушај, који је остао без

a Cod. de praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat, 8. 21. (22). b L. 26. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 2. 4. (3). Cod. qui pot. 8. 17. (18) L. 3. 5. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. c Cod. si in causa indicati pignus captum sit. §. 22. (23). L. 7. 8. Cod. quae res pign. 8. 16. (17). L. 15. §. 2. L. 58. D. de re iud. 42. 1. L. 10. D. qui pot. 20. 4. L. 2. 4. (3). Cod. cit. L. 3. §. 1. D. cit. (not. b.). царев. стеч. грађ. пост. §. 709. d arg. L. 22. §. 3. D. fam. еrc. 10. 2. §. 188. not g. §. 320.

успеха, почетак развитка, који је остао без резултата“. Bachofen стр. 479. 480. Уз то Dernburg I. стр. 400. и д. Данас се мисли, да је ова врста заложног права у опште без практичне вредности. Sintenis §. 35. № II. §. 72. на крају. Seuffert §. 198.

2 Ово се заложно право разликује, од осталих, својом природом, по којој се оно јавља као судско екзекутивно средство, о чему се ближе може сазнати, из процесуалног права, где и спада. Против мњења које влада и по коме се ово заложно право изравњава са обичним заложним правом, Dernburg I. §. 53. II. §. 119. Windscheid §. 233. прим. 2..4. Rudolph y dogm. Jahrb. XX. стр. 311..410., који признаје аналогију са уговорном залогом само у погледу односа између поверилаца и трећег; в. нарочито стр. 382 и д., 386. 392 и д. 398 и д., 410. Историјске податке о pign. i. c. iudic. с в. тамо стр. 338 и д.; о L. 1. Cod. 8. 22. (23.) в. стр. 356 и д. Над новцем, који је на овај начин узапићен, по правилу, не постаје заложно право. „Узапићен новац ваља прости предати повериоцу. Одузимање новца од стране судског извршиоца сматра се, као плаћање од стране дужника, у колико дужнику не би било дозволено, да извршење спречи давањем сигурности или депоновањем“. Царев. грађ. пост. §. 716. — О извршењу забране над покретним имањем у путу пописа (Pfändung), услед чега и овде постаје заложно право: царев. грађ. пост. §. 714. В. у опште Mandry Reichsges. стр. 169 и д. 271 и д. (2. изд. стр. 243 и д., 380 и д.) в. Meibom Entstehung des Pfandrechts durch Arrest, у тибинском свечаном спису (1877.) стр. 74 и д. Voss condictio possessionis und Vollstreckungspfändung y civ. Arch. LXVI. 6. стр. 161 и д. Исти Negat.-Klage u. Vollstr.-Pfändung, y dogm. Jahrb. XXIII. 2. стр. 43 и д.

3 Извори не спомињу тај случај постанка заложног права, а споре га Böcking Pand II. §. 94. и Marx de adjudicatione pag. 7., или се опет за то, може као могућан, без омишљања, припустити. Brinz 1. изд. стр. 332. 2. изд. II. §. 354. на крају. Windscheid §. 233. прим. 1., с чим се, за данашње право слаже и Dernburg I. стр. 177. 178. прим. 2. На други један случај односи се L. 29. D. fam. еrc. 10. 2. cf. L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3. Тако исто, у сасвим другом значењу, за означење досуђивања заложног права, које се тражи, употребљава се израз adiudicare hypothecam y L. 16. §. 5. D. de pignor. 20. 1. L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4. B.-Hollweg стр. 64.

4 По немачком праву има извесних случајева, у којима поверилац може доћи до заложног права и без судије, сопственим узапићивањем, но ближе о томе ваља видети у немачком приват.

праву. E. Samuelsohn d. Wirkungen der Privatpfändungen... 1878., где се (стр. 3.) набраја литература по овом питању, а обзире и на римско право (стр. 32 и д.). О томе Schulz y d. Jen. Liter.-Ztg. 1879. № 27.

§. 373.

3). По закону.

Има много тражбина са којима је, по закону, везано заложно право и које ipso iure постаје, чим постане таква тражбина и има предмета, који потпада под такво заложно право. Такво заложно право зове се законско заложно право, *pignus legale*. За признање таквог заложног права било је, у први мах, меродавно то гледиште, да има извесних случајева, у којима се обично установљава залога, па према томе, да се може претпоставити, да је иста дата и кад нема изричног договора. С тога се таква заложна права називају и прећутним заложним правима, *pignora tacita*^a. Међу тим је законодавство таква заложна права у таквој мери установљавало, да је то прво гледиште сасвим потиснуто и да према томе, нема више смисла тај израз употребљавати.¹ У осталом, заложна права ове врсте или обухватају цело имање дужника, и то је онда опште законско заложно право зове,² или се ограничавају само на извесна добра и то су онда посебна законска заложна права.^{3,4}

Прим. I. Потпуну обраду овог наука покушао је да дà Meissner у делу под насловом: „Versuch einer vollständigen Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht nach gem. u chur-sächs. Recht“ у два дела, Leipzig 1803. в. Vangerow I. §. 374.376. Dernburg I. §. 35..50. Одредбе римског права у том погледу у многом су спорне, али су сразмерно од мале научне вредности, а и практична њихова важност веома је само смањена одредбама новијих хипотекарних закона. У осталом, сасвим је уместо оно што у погледу ових права вели Puchta §. 199. not. b.: „Има правила, који су направили читав занат од тога, да број законских

^a Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. 20. 2. Cod. 8. 14. (15).

заложних права увећавају, сматрајући сваки пример заложног права у изворима за законско заложно право или проширујући постојећа законска заложна права и на сличне случајеве. И једно и друго је неумесно, тим пре што је велики број законских залога (хипотека) зло и што у римском праву између оних која фактички постоје има и таквих, која је законодавац установио без довољно разлога“.

2. Законско заложно право на целом имању дужника имају:

а) државна благајна: *fiscus semper habet ius pignoris*, L. 46. §. 3. D. de iure fisci. 49. 14.; посебице α) због јавних дажбина, L. 1. Cod. h. t. 8. 14. (15.) L. 1. Cod. si propter publ. pens. 4. 46. β) због тражбина из уговора, L. 2. Cod. h. t. L. 28. D. I. c. 49. 14., где спадају и тражбине према руковаоцима са истом, али не и због тражбина по кривицама, L. 17. 37. eod. L. un. Cod. de poen. fisc. 10. 7. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14., но с друге стране опет, не само због тражбина, које су специјално под α и β наведени, као што је то раније тврдило владајуће мњење, асад Dernburg I. стр. 340 и д. в. Windscheid §. 232. прим. 1. Vangerow 7. изд. I. стр. 841 и д.

б) владалац и његова жена, онако као и државна благајна, L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.;

с) по пракси и вароши због варошких дажбина и тражбина, према руковаоцима варошког имања cf. L. 2. Cod. de debit. civ. 11. 33. (32.); в. Dernburg I. стр. 354 и д.;

д) црква на имање њеног емфитевте, због погоршања земље под емфитевсом, Nov. 7. cap. 3. §. 2.;

е) лица под старалаштвом, као пупиле, малолетни, слабоумни, на имање њихових старалача (и протутора (старалачких заменика), arg. L. ult. D. de tut. act. 27. 3.), због обвеза истих, које би потицале из старалаштва, L. 20. Cod. de adm. tut. 5. 37. L. 7. §. 5 a. (5.) 6 c. (6. i. f.) Cod. de curatore fur. 5. 70. L. un. Cod. rem. al. ger. 4. 53. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.; а ако би се мати као старалац деце преудала, пре полагања рачуна и предаје имања, онда и на имање очуха, L. 6. Cod. h. t. 8. 14. (15.) Nov. 22. cap. 40.;

ф) деца α) на имање очево, у погледу добара њихових, која би добили од мајке или мајчиних предака, а у погледу којих би отац имао право плодољивања и руковања, L. 6. §. 2. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 8. § 4. (5.) Cod. de sec. nupt. 5. 9. (бар за случај, кад отац ступи у други брак, Vangerow I. стр. 845. против Dernburg I. стр. 377 и д.); β) на имање родитеља, који ступа у други брак (parens binubus), у погледу добара, над којима деца из ранијег брака, услед тога, стичу сопственост и то са по-

вратном свагом од времена стицања тих добара и са одредбом, да деца могу таква добра, која су им припадала, тражити са зајажном тужбом, у место да их виндицирају, ако би то било боље по њихов интерес, L. 6. §. 2. L. 8. §. 3. (4.) Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. Nov. 98. cap. 1.;

g) (православна) жена на имење мужа свог: α) због мираза (dos), који јој ваља вратити, с правом, да може тражити са зајажном тужбом и ствари доталне, које би дошли понова у њену сопственост, L. un. §. 1. b. d. (§. 1.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.; β) због њених параперналних капитала (а по пракси због свију параперналних добара (bona parapherna), којима би руковао муж, L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14.; γ) због donatio propter nuptias, која је ње ради установљена, Nov. 109. cap. 1. cf. L. 12. §. 2. Cod. qui pot. 8. 17. (18). — Спорно: уз α) има ли то право и заручница? уз α. β., да ли то право има и пунтативна жена? (Cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 17. §. 1. D. de reb. auct. iud 42. 5. L. 22. §. 13. D. sol. matr. 24. 3.); уз α. β. γ., да ли и жена јеврејске вероисповеди има законско заложно право? Сад је ван сваке сумње, да га има в. горе §. 34. прим. 1.; види Windscheid I. §. 55. № 2. 3; о историском развитку ове дорме и богатој литератури по овом питању в. Fdch. Schloss die Dotalprivilegien der Jüdinnen. (Giessen 1856.);

h) муж за установљен мираз, на имење оног, који је дужан да га дà, L. un. §. 1 b. (§. 1.) Cod. de rei ux. act. 5. 13.; на послетку

i) за случај, кад је неком нешто остављено sub conditione vindictatis, онај, коме би то припало за случај неиспуњења постављеног условия, на имење оног, који је добио нешто под тим условом, за онолико износи оно што је остављено а што ваља вратити, Nov. 22. cap. 44. §. 2. 3. 9.

3. Законско заложно право које не обухвата све ствари дужника, има:

а) огај, који је дао па зајам новац за подизање порушене зграде, колико износи тај зајам, па згради, која је тим новцем подигнута, L. 1. D. h. t. 20. 2. в. уз то Schlayer y civ. Arch. XLIX. стр. 83 и д.

б) пупиле (и малолетници?) на ствари, које су њиховим новцем купљене, па накнаду утрошеног новца, у колико би било за њих корисније, да се послуже заложним правом, у место да траже, да им се исте уступе у сопственост, L. 7. pr. D. qui pot. 20. 4. L. 6. Cod. de servo pign. dato. 7. 8.; cf. L. 17. Cod. de pignor. 8. 13. (14.) и уз ово последње место Glück св. 19. стр. 56. и д. в. §. 145. прим. 3.;

с) изнајмилац зиратне земље (praedium rusticum), због тражбина из уговора закупа, на плодове, које добија од такве земље или сам изнајмилац или панајмилац, L. 24. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 7. pr. D. h. t. 20. 2. cf. L. 4. pr. eod. L. 5. Cod. de locato. 4. 65. в. Dernburg I. стр. 308 и д.;

д) изнајмилац какве зграде (praedium urbanum), на ствари унете (invecta, illata) ради трајне употребе („quaes, ut ibi sint, illata.“ L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 2.; cf. „ut ibi perpetuo essent“ L. 32. D. de pignor. 20. 1.), а које су сопственост изнајмилаца (посредно и панајмилаца), због тражбина које потичу из уговора кирије, L. 2.. 4. 6. D. h. t. 20. 2. cf. L. 5. pr. eod. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. о том „најстаријем законском заложном праву рим. права“ в. Dernburg I. стр. 294 и д.; в. и Schneider d. Perclusionsrecht des Vermiethers an den vom Miether eingebrachten Sachen, in Bödiker's Mag. II. стр. 101 и д. W. Francke d. Selbsthülferecht des Wohnungsvermiethers setzt keinerlei Pfandrecht, wohl aber eine gültige Pfandobl. oder die Pfändbarkeit der eingebrachten Sachen voraus, у dogm. Jahrb. XX. 10. В. 452. и д; уз с. и д. в. сад. царев. стеч. пост. §. 41. № 2. 4. и Cretschmar у civ. Arch LXIV. 7. стр. 308 и д.

е) онај који прима какво завештање, због тражбине која потиче из завештања, на имење, које добија из наслеђа, онај који је оптерећен истим L. 1. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. Nov. 108. cap. 2.

ф) о законском заложном праву комисионара, спедитера, возиоца (трг. зак. чл. 374 и д. 382. 409.) може се овде учинити само напомена. Ближе одредбе и излагање о томе спадају у трговачко право.

4 Као год што уговорној залози у најстаријем праву одговара fiducia (в. §. 365. прим. 1.) тако исто и законском заложном праву одговара законско задржавање права сопствености; в. F. Hofmann Beiträge стр. 63 и д.

§. 374.

В. Пренашање заложног права.

Заложно право стоји у битној вези са тражбином, ради чијег је осигурања и постало. Одговорност залоге не иде даље, но што иде садржина тражбине, која се залогом осигурава. При свем том, може заложно право, по свом дејству, прећи на неког другог, не само заједно са тражбином, већ и без исте, нешто услед какве радње

поверилачке нешто и без воље његове. Такав један случај препашања заложног права имамо у давању у паталогу (§. 367. 4.). Давање у паталогу везано је прећутно залогу (§. 367. 4.). А право на такво прескаца уступањем заложне тражбине^a. А право на такво препашање имају јемац^b, и сваки законити држалац залоге^c, кад плате дуг, по тужби повериоца.^d

Осим тога може се 1) заложно право пренети у случају пренова (новације) заложне тражбине, на нову тражбину, по пристанку заложног сопственика^d. 2) ко да новац да се исплати заложни поверилац, било да у том смешту да дужнику зајам или по упутству његовом сам повериоцу плати, и за то уговори са сопствеником, за се заложно право на истој ствари, тај тиме ступа у заложно право измиреног повериоца^e. Тако исто 3) ступа у заложно право претходног повериоца и онај заложни поверилац, који какву другу залогу, која му припада, прода, да претходног заложног повериоца тиме измири^f; 4) у оштите следујући, заложни поверилац може и против воље претходећег повериоца ступити у његово право тиме, што ће истом понудити да га измири на прописан начин^g, (в. §. 388.). И на послетку 5) даје се она заложна сигурност, коју има измирен заложни поверилац, оном, који је купио залогу да би га тиме измирио, а према осталим заложним повериоцима, ради осигурања његовог стицања сопствености^h.

По што се у тим случајима заложно право које постоји преноси, а не ствара се неко ново заложно право,ⁱ нарочито је од важности у погледу његовог односа према осталим заложним правима која постоје на истој ствари

a L. 6. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. §. 256. not. f. b L. 2. Cod. de fideiurs. 8. 40. (41). c L. 19. D. qui potiores. 20. 4. §. 378. not. l. d L. 3. pr. L. 12. 4. 5. L. 21. pr. D. eod. L. 11. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri. 8. 26. (27). cf. L. 18. 30. D. de novat. 46. 2. L. 2. D. de pign. act. 13. 7. e L. 12. §. 8. D. qui potiores. 20. 4. L. 3. D. quae res pign. 20. 3. L. 1. Cod. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 8. 18. (19). f L. 12. §. 9. D. qui pot. 20. 4. g L. 12. §. 6. D. eod. (§. 388.) h L. 17. D. eod. (20. 4.) L. 3. Cod. l. c. 8. 18. (19).

(§. 387.), у погледу њиховог међусобног ранга, следовања.²

Прим. 1. L. 2. Dig. 20. 1. Bethmann-Hollweg стр. 23 и д.

¹ О хипотекарној сукцесији, као што се обично назива следовање у право каквог заложног повериоца, разликују се веомајако мњења која постоје о томе. Мњење које је до сад владало схвата све побројане случајеве, са изузетком оног под № 1., као фингирану цесију заложне тражбине и заложне тужбе која је са истом везана. Müllenbruch Cession стр. 482 и д. На супрот томе изнео је Dernburg у civ. Arch. XLI. 1., а пре њега у неколико подједнако с њим Bachofen, стр. 497 и д. мњење, да овде не прелазе ни тражбина ни заложно право, већ да постаје ново заложно право, коме се на основу закона даје привилегија оног заложног права које је отпало, ценећи при томе са свим другог гледишта случај под № 5., у коме не може бити говора о постапању неког заложног права. То је мњење после извео са великим општрумљем и потпуно Dernburg у његову спису Pfandrecht II. §. 161.. 166. B. Schott у dogm. Jahrb. XV. стр. 56 и д. По трећем једном мњењу у случајима под № 1.. 5. ваља сматрати прелазак заложног права, односно (у случају № 5.) правног положаја измиреног повериоца, без преласка заложне тражбине. Brinz 1. изд. стр. 292. 336. 2. изд. II. §. 348. пред и у № 12. Windscheid Pand. 1. изд. §. 233. в. прим. 16. Voss у dogm. Jahrb. XV. стр. 332. и д. Tellegen successio hypothecaria, Groningen 1880 (о томе Schierlinger у d. krit. Vjschr. XXII. стр. 477 и д.) В. уз то и Simon у civ. Arch. XLI. стр. 56 и д. На супрот томе брани мњење које влада Schmid Cession I. стр. 279.. 352., нарочито стр. 328 и д. и ослучају под № 1. посебице стр. 346 и д. На то онет в. Windscheid 2. и 4. изд. н. н. м. Adamkiewicz z. L. von der hypothekarischen Succession, у civ. Arch. LVI. 1. Hofmann у dogm. Jahrb. X. стр. 377 и д. Roth у civ. Arch. LXII. 2. стр. 106 и д. — О хипотекарној сукцесији кад се претходан дуг делимично плати: Schlayer у civ. Arch. XLIX. стр. 218 и д. али и LXIV. 10. стр. 395 и д., против тога Windscheid и н. м. прим. 8. 9. В. у оштите још уз овај одесек берлин. дисерт. од F. Fränkel-a, E. Th. v. Beust-a, Adamkiewicz-a, Gardeik-a 1867, 1868, 1869, 1871. Brinz 2. изд. II. §. 352. стр. 864 и д.

² У првим издањима овог уџбеника био је још овај додатак: „но то може бити у толико од важности, у колико за то нису нужне претпоставке које важе за првобитно установљавање за-

ложног права (§. 371.)^a. Тада је додатак с правом напао Dernburg II. стр. 499 и д. Тај је додатак могао у погледу у §. побројаних случајева навести на мисао, да је и у случајевима под 1..3 следовање о коме је реч могло наступити и без садејства тадањег сопственика ствари, а то је погрешно према L. 2. D. de pign. act. 13. 7. и L. 30. D. de novat. 46. 2. У тим случајима, на против, следовање (сукцесију) посредује залагање, које мора да је важеће па да то дејство има, водећи при томе рачуна о праву под № 4. које се следећем повериоцу у опште даје. B. Schmidt n. n. m. стр. 319 и д.

III. ПРАВА ЗАЛОЖНИХ ПОВЕРИЛАЦА.

A. Кад нема вишег заложних права.

1). Код залагања ствари.

§. 375.

а). Право продаје.

Кад је рок заложној тражбини бар делимично дошао^b, и све дотле док му се потпуно не плати^c, заложни поверилац има право, но не и дужност^d, да изложи продаји заложну ствар,^e без обзира на залагача и њеног сопственика^f у том тренутку, а на основу свог стварног права и у свом сопственом интересу, радићи при томе као пуномоћник^g, и преносећи сопственост^h над истом, односно државинуⁱ са правом Publician-e actio^j, неопозивно^k, на купца исте. Продајом заложне ствари поверилац се обвезује, да на купца пренесе државину над истом, ако би је имао, а кад је не би имао — и купац би за то знао, онда бар, да му уступи његова права

a) Dig. de distractione pignorum vel hypothecarum. 30. 5. Cod. 8. 27. (28.)
b) L. 4. D. h. t. c) L. 6.. 8. 14. Cod. h. t. d) L. 6. pr. D. de pign. act.
13. 7. cf. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. e) Cod. debitorem venditionem pigno-
rum impedit non posse. 8. 28. (29.) L. 1. Cod. de litigios. 8. 36. (37.) f) §. 1.
J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 14. §. 5. D. de div. temp. 44. 3. L. 29. D. fam. erc.
10. 2. L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. g) L. 4. D. de pign. act. 13. 7.
L. 15. Cod. h. t. h) cf. L. 18. D. de pignor. 20. 1. i) L. 13. D. h. t. 20. 5.
cf. L. 7. pr. cod. k) L. 7. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. si antiquior ered. 8. 19. (20.)

која у погледу исте има^l. Он одговара купцу, само за то, да му се купљена ствар неће одузети због незаконитог продавања залоге, нарочито због немања заложног права или због јачег права каквог другог заложног повериоца, претпостављајући, да је продао као заложни поверилац и да се није неколицини посебно обвезао или да није при том употребио превару^m. Залагачу одговара за мањак (интересе), ако при продаји није радио савесно и са прикладном брижљивошћу и у погледу корисности њене по залагача, у колико би то било могуће без штете по његов сопствени интересⁿ. Залагач може шта више тражити и добити реституцију, ако би и купац био саучесник у непоштењу продавца залоге^o. Ако је ствар продата другом заложном повериоцу или јемцу заложног дужника, то се таква продаја сматра као продаја заложне тражбине; дужник задржава право искупа ствари^p.

Куповна цена^q служи повериоцу за његово измирење, у колико би за то достизала и у колико би се из исте намирио или се неби намирио, али својом крвицом, н.пр. што је био непажљив у давању кредита купцу, у толико се ништи заложни дуг^r. Вишак од куповне цене (superfluum, hyperocha) мора се вратити^s.

У осталом, по једном наређењу Јустинијана, поверилац не може продати ствар пре 2 године, од како је дужник пуноважно осуђен и од како је позван на плаћање, под претњом продавања залоге, у противном случају^t. Уговорање, да се залога не може продати, има то дејство, да се дужник мора три пут опоменути^u. Pignus in causa

l) L. 13. D. cit. m) Cod. creditorem evictionem non debere. 8. 45. (46.)
cf. L. 10. D. h. t. L. 11. §. 16. D. de act. emti. 19. 1. n) L. 4. 7. 9. Cod. h. t.
8. 27. (28.) o) L. 1. 3. 4. Cod. si vendito pignore agatur. 8. 29. (30.) p) L. 5.
§. 1. L. 6. D. h. t. 20. 5. q) L. 9. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 26. D. de solut.
46. 3. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 22. §. 4. eod. L. 59. §. 4. D. mand. 17. 1.
r) L. 24. §. 2. L. 42. D. de pign. act. 13. 7. s) L. 3. §. 1. Cod. de iure dom.
impertri. 8. 33. (34.) cf. L. 4. Cod. h. t. 8. 27. (28.) t) L. 4. 5. D. de pign.
act. 13. 7.

iudicati captum,³ може се продати по истеку 2. месеца, од дана пописа и то у путу судске продаје (*gerichtlicher Versteigerung*)⁴. Но по данашњој пракси и код других залога, по правилу, бива судска продаја, кад је поверилац тек услед судске помоћи дошао до државине залоге и услед исте омогућена њена продаја. При томе се не води више рачун о горе наведеном продајном року.⁴ Та законска наређења могу се у сваком случају изменити нарочитим договором^v.

Прим. 1. Продаја заложене ствари обичан је пут, да се повериоцу даду срества за његово намирење а право на исту најважније овлашћење које одговара смеру заложног права. По старијем праву то овлашћење није било засновано већ самим залагањем, као таквим, већ је претпостављало нарочити договор. Али је већ за време Улпијана било признато, да већ само залагање, као такво, даје право продаје и да је недостатак изречне дозволе на исту повлачило само претходно саопштење о намереној продаји, које се морало обновити у три маха. По Јустинијанову праву отпало је и то ограничење и оно је важило само за случај, ако је уговорено, да заложни поверилац не продаје залогу, те тако овлашћење прдавања није искључено, већ само њено вршење везано за један особити услов. Pauli sent. II. 5. §. 1. L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. Cod. de distract. pign. 8. 27. (28.) L. 4. cit. по свој прилици је уметнут (интерполиран). В. Kohler стр. 65 и д. При свем том, не може се рећи, да је овлашћење продаје битан елеменат заложног права. Ако је заложен готов новац (§. 367. прим. 2.) онда поверилац долази до свог намирења непосредним начином, присвајањем тог новца и не треба му продаја да до истог дође. Bremeg н. н. м. стр. 63. Windscheid §. 226 а. прим. 2. Pfaff н. н. м. стр. 20 и д. — У осталом в. историске податке у погледу продаје код Bachofen-a стр. 157.. 210. Dernburg I. стр. 84.. 93., о теорији овог наука Bachofen стр. 559.. 610. Platner у civ. Arch. XXXII. 4. Dernburg II. §. 95.. 117. 120. 121. стр. 108 и д. 257 и д. Schmid Cession I. стр. 222 и д. v. Moreau die Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache. Diss. München. 1878. Carlin Niemand kann auf einen Andern mehr Recht etc. 1882. стр. 21.. 28. Brinz 2. изд. II. §. 353. — Спорно: а) да ли се прет-

^u L. 2. 3. Cod. si in causa iud. 8. 22. (23.) L. 15. §. 2. L. 31. D. de re iud. 42. 1. ^v L. 4. 5. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. impetr. 8. 33. (34.)

поставља доцња (мора) дужника? Puchta §. 205. not. d.; против Vangerow §. 379. прим. № 3. Bachofen стр. 165, 640 и даље. Brinz н. н. м. № 11. за то опет Dernburg II. стр. 122 и д., в. царев. тргов. зак. чл. 310. 311.; али уз то Windscheid §. 237. прим. 3.; б) да ли и тога accipendi не спречава продају? Vangerow н. н. м. стр. 859. arg. L. 2. Cod. deb. vend. pig. 8. 28. (29.) L. 8. Cod. de distract. pig. 8. 27. (28.) против Puchta not. d. Brinz 1. изд. стр. 354. cf. L. 5. Cod. de distr. pign. L. 25. §. 14. D. fam. erg. 10. 2.; за то опет Dernburg II. стр. 126 и д., в. Windscheid прим. 2.; да ли се претпоставља пречишћеност, ликвидитет тражбине? W. Müller civ. Abh. № 3. §. 2. 3. arg. L. 5. Cod. cit. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. impetr. 8. 33. (34.); против Vangerow н. н. м. № 2., Brinz н. н. м. № 12.; Puchta Vorl. §. 205.: „Судска продаја спречава се оспоравањем тражбине, дакле заложног права, али не и приватна продаја; јо ова је последња ништавна, ако тражбина не постоји. Даље може бити ништавна и онда кад је продата ствар res litigiosa, ако је залагач виндицирао ствар пре продаје. Ако би се продаја имала тек спремити у путу hyp. actio, дакле кад поверилац није у државини залоге, онда ће га оспоравање тражбине увек спречити у предузетом послу“ В. Dernburg II. стр. 128 и д. Windscheid прим. 3. на kraju.

2 Да ли поверилац стиче одмах сопственост над примљеним новцем? Windscheid §. 237. на kraju в. Sohm н. н. м. стр. 50. 112. и д. в. царев. грађ. пост. §. 720. или ће пре бити, да стиче за први мах само заложно право? Bremeg н. н. м. стр. 170 и д. Pfaff н. н. м. стр. 22 и д.

3 О томе Dernburg II. §. 119. стр. 250 и д.

4 В. Dernburg II. стр. 144 и д. и §. 120. стр. 257 и д.

§. 376.

b). Право теслима.

Ако нема купца за залогу или није такав, да му се понуда може примити, онда поверилац може тражити, да му се pignus in causa iudicati captum одмах уступи, теслими за његову тражбину, која тиме престаје^a. Осим тога поверилац може у таквом случају, за сваку врсту

^a L. 15. §. 3. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. s. in causa iud. 8. 22. (23.) cf. L. 2. Cod. eod. L. 3. Cod. de execut. 7. 53.

заложног права, тражити, да му се уступи сопственост над залогом (*ius dominii impetrandi*),¹ по поновљеној опомени дужника на плаћање или по истеку извесног рока за плаћање који би био постављен од стране суда осутноме и по судској процени залоге, са задржавањем права на вишак своје тражбине и обvezom враћања вишкa вредности. Но у том случају залагач може залогу, у року од две године, опет искупити. С друге стране и поверилац може дотле исту продати тако, да се величина остатка од његове тражбине или величина вишкa који се има вратити одређује куповном ценом, која је фактички добијена, ако само под заклетвом потврди, да је савесно, онако како је могао, продао^b. Износ тражбине, у колико је изравнат теслином, сматра се такође као куповна цена^c.

Теслиим бива по рим. праву на основу владаљачког рескрипта^d, а по данашњем праву од стране судије.

Не важи погодба, да залога повериоцу припадне по себи, ако дужник не плати^e, *lex commissoria*.²

Прим. 1. Dernburg II. §. 118. стр. 240 и д. Wächter das schwelende Eigenthum стр. 24 и д. Köppen Fruchterwerb des b. f. poss. стр. 73 и д.

2 О том *lex-y commissoria* види Warnkönig „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre v. d. lex commiss bei Pfandrechten“, у civ. Arch. XXIV. стр. 1.. 38. 312.. 388. XXV. стр. 60.. 114. 226.. 255. 420.. 439. Dernburg II. §. 122. до 124. стр. 273 и д. — Но под ову забрану не долазе а) доцније уступање залоге у место уговорног плаћања, L. 13. Cod. de pignor. 8. 13. (14.) L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7.; б) доцнија продаја залоге повериоцу, L. 12. pr. D. de distr. pig. 20. 5.; па ни с) унапред и условно закључени уговор куповине за случај неплаћања, у колико у томе не би било обилажење забране; дакле нарочито не онда вредети, кад је продаја закључена по цену, која ће се правично и доцније одредити, L. 16. §. 9. D. de pignor. 20. 1.; и још мање доцније одредити, L. 16. §. 9. D. de pignor. 20. 1.; и још мање

^b L. 3. Cod. de iure dominii impetrandi. 8. 33. (34.) (Justinianus a. p. Chr. 530.) cf. L. 1. 2. eod. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. с L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. d L. 2. 3. Cod. I. e. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 22. (23.) e L. 3. Cod. de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda. 8. 34. (35.) (Constantin.)

d) онда, кад је таква продаја закључена са јемцем, за случај, да он плати за јемца и у извесном року дужник му не врати оно што је платио, L. 81. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. В. још Vat. §. 9. Vangerow §. 383. Seuffert §. 208. Dernburg §. 124. — Да ли се закључени уговор може одржати на супрот забрани, ако је заклетвом утврђен? в. §. 240. прим. 2. сар. 7. X. de pign. 3. 21. Vangerow §. 383. на крају; против тога Seuffert прим. 3.; в. Dernburg II. стр. 285 и д.

§. 377.

с). Право задржавања залоге (ретенције) због других тражбина.

Ако заложни поверилац држи залогу, онда он, и поред тога што је за своју заложну тражбину потпуно измирен, има права према дужнику, да исту и даље задржи т.ј. да његову тужбу, којом тражи да му се залога врати, сузбије са *doli exceptio*, докле год према дужнику има још другу какву тражбину.

Прим. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri. 8. 26. (27). (Gordian.) . Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam (rem) restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisficerint, quam mutuam simpliciter acceperint (acceperunt). — „Многи ограничавају ову одредбу само на ручну залогу, без основа и противно тексту саме конституције. Та је одредба изузете од правила, по коме право задржавања претпоставља тражбину, која има какве везе са тражбином тужиочевом или њеним предметом... или у природи ручне залоге нема ничег особитог, што би могло оправдати горње ограничавање на исту“. Puchta §. 204. not с. в. Vangerow §. 332. Dernburg II. §. 92.. 94. стр. 94 и д. Schlayer у civ. Arch. XLIX. стр. 102 и д. — О применивости тог права задржавања у стечају: Vangerow тамо на крају; против тога Puchta Vorl. §. 204. на крају, Bayer Concursproc. §. 28. Dernburg II. стр. 106 и д.

d). Тужбе.

§. 378.

а). Стварна заложна тужба.

За остварење свог заложног права заложни поверилац има једну стварну тужбу, која се у једном случају назива *Serviana actio*, а у другим *utilis* или *quasi Serviana*, а у оште и обично *hypothecaria actio*, или и *pignoratitia (in rem) actio*.¹ Она се састоји у *vindicatio pignoris*,² и управљена је, као и *utilis rei vindicatio*, против сваког држаоца ствари, дакле и против самог залагача, који би држао ствар, даље и против фингираног држаоца^a, но према приликама само у оном обиму, у коме је залагач имао право на важећу *Publiciana actio*^b. Смер јој је предаја ствари, односно накнада мањка (интересе), као и код тужбе за сопственост^c, но ово последње само према заложном дужнику, ограничавајући се само на износ заложне тражбине^d. И она је, као и тужба за сопственост, управљена на плодове и њихову накнаду, али само у томико у колико би то захтевало намирене повериоца, а на плодове који су сабрани пре почетка правног спора само у томико, у колико још постоје и у колико се нису измакли испод заложног права, услед стицања сопствености од стране туженог^e.

За основаност тужбе тражи се доказ о пуноважно извршеном залагању^f, поред доказа о постанку тражбине^g. Но она се може подићи и пре рока тражбине, па шта више и у погледу неког још условног заложног права, а у намери, да се тиме осигура будуће вршење његово^h.

a L. 16. §. 3. D. pignor. 20. 1. b L. 18. D. eod. c L. 16. §. 3. L. 21. §. 3. D. eod. (§. 167.) cf. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. d L. 21. §. 3. cit. e L. 16. §. 4. D. eod. b. §. 368. f L. 23. D. de probat. 22. 3. (§. 371.) g L. 10. §. 2. (L. 10.) Cod. de act. pign. 4. 24. cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8. 22. (33.) h L. 14. pr. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 13. §. 5. eod. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 10. Cod. de pignor. 8. 13. (14.)

Туженик може према заложној тужби употребити противтражбине, које су сличне оним које може подићи према сопственичкој тужбиⁱ, а тако исто и приговоре.^j Осим тога, он је може отклонити 1) тиме, што ће тужиоцу понудити потпуно измирење заложне тражбине^k, и том приликом тражити, да му се уступи заложна тражбина^l, ако је дошао пуноважно до државине; 2) што ће употребити тзв. *exceptio excussionis* и то a) *exceptio excussionis personalis*, по коме трећи држалац залоге може тужиоца упутити^m, прво на дужника и његове јемце,ⁿ b) *exceptio excussionis realis*, упућивање на другу залогу, која се може употребити у случају везивања генералног и специјалног залагања^o, а којим се може користити држалац ствари, коју је јемац заложио, под претпоставком, да таква друга залога постоји; 3) приговором бољег и јачег заложног права^p; 4) приговором застарелости^q.

Прим. 1. Остављајући на страну стари начин залагања у путу фидуције, по коме је поверилац имао *rei vindicatio* као сопственик, засебна *in rem actio* дата је, по први пут, изнајмиоцу, у погледу *invecta et illata* најмиоца, које су му заложене за закупну цену (L. 5. Cod. de locato. 4. 65. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. 8. 14. 15.) и то је права *Serviana actio*, по узору које је дата слична тужба и за друге случајеве, не правећи разлику између ручне залоге и хипотеке. §. 7. J. de act. 4. 6. cf. L. 3. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 7. §. 12. D. comm. div. 10. 3. О историском развитку те тужбе в. поглавито Rudorff у Ztschr. für geschichtl. Rtsw. XIII. 4. Bachofen Pfandr. стр. 27 и д. Dernburg I. стр. 50 и д. Но против је Bremer стр. 181, који обећава, да ће доказати, да је *Serviana = pigneratitia in rem actio* и да је служила искључиво за заштиту *pignus-a*, у погледу оног чим се *pignus* разликовао од хипотеке, док је *hypothecaria actio*, као *confessoria in rem actio*, поглавито била управљена на признавање заложног права и на предавање државине у то-

i L. 29. §. 2. D. de pignor. 20. 1. v. §. 168. k L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. l L. 19. D. qui pot. 20. 4. m Nov. 4. cap. 2 cf. L. 14. 24. Cod. de pignor. 8. 13. (14.) n L. 2. Cod. eod. cf. L. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 9. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28.) o Nov. 4. cap. 2. p L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. (§. 387.) q L. 7. §. 1. 2. Cod. de praescript. 30... ann. 7. 39. (§. 108. v. §. 390.)

лико смера, у колико се тиме само омогућава прелаз сопствености. В. против тога Windscheid §. 227. прим. 7. §. 235. прим. 1. Горе поменута заложна тужба (која се по некад назива просто Serviana) била је преторска *in rem actio*, у које је била *formula in factum concepta*. У формули мора бити, пре свега, чинјеница залагања, дакле се у најобичнијем случају мора споменути заложни уговор, и то, да је то било у време, кад је ствар била *in bonis* залагача, са назначењем заложног дуга. Осим тога у њој се морало оставити простора за одбрану туженика, да је дуг већ плаћен или да је поверилац на други начин намирен или да он спречава плаћање и по томе измирење заложног дуга. Arg. L. 6. Cod. si aliena res 8. 15. (16.) L. 3. D. de pign. 20. 1. L. 1. Cod. de n. n. pec. 4. 30. (cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8 32. (33.), који је *lex geminata*). L. 13. §. 1. D. ad. Sc. Vell. 16. 1. L. 6 pr. D quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 13. §. 4. D. de pign. 20. 1. (cf. L. 49. D. de solut. 46. 3. L. 61. (59.) pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 30. §. 1. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 11. §. 4. D. qui pot. 20. 4.) В. списак извора код Wlassak-a Edict und Klageform стр. 131 и д., који је (стр. 129—136) показао, да *formula hypoth.* није одговарало *edictum hyp.* О покушајима њене реституције в. Francke civ. Abh. № 2. нарочито стр. 117 и д. Rudorff н. н. м. стр. 226 и д. Huschke у Linde's Ztschr. XX. стр. 168. Baohofen стр. 48 и д. 637 и д. и уз то Keller у krit. Jahrb. XI. стр. 981 и д. Civilproc. §. 33. 5. изд. стр. 150 и д. Dernburg I. §. 7. стр. 76 и д. Schmid Cession I. стр. 112. A. Thon у Ztschr. für Rechtsgesch II. стр. 262 и д. Она је од прилике овако гласила: *Iudex esto. Si paret, inter Aulum Agerium et eum, cuius in bonis tum Stichus servus, quo de agitur, fuit, convenisse, ut Stichus servus, q. d. a., propter pecuniam creditam Aulo Agerio pignoris nomine sit obligatus* (или *Si paret, Stichum servum q. d. a. Lucii Titii in bonis fuisse eo tempore, quo inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenit, ut etc.*), *si non per Aulum Agerium stat, quominus ea pecunia soivatur* (или према приликама: *extra quam si ea pecunia soluta eove nomine satisfactum est sive per Aulum Agerium stat, quominus ea pecunia solvatur*); *nisi Numerius Negidius arbitratu tuo restituet, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio quanti ea res erit, condemna s. n. p. a.* Од осталих покушаја реституције те формуле, међу којима је пајновији од Lenel-а у њег. ed. perpet. стр. 395 и д., разликује се овај покушај тиме, што је у њему по-зивање на *solutio* или *satisfactio* унето само као приговор, којим

се може туженик послужити ради своје одбране, као што је то Thon н. н. м. предложио и образложио. Формула о томе, коју је едикт установио и која ће се, према приликама у многом чешењати, служила је римским правницима, међу којима су је двојица, Gaius и Marcius, у нарочитим списима (*lib. sing. ad formulam hypothecariam*) коментарисали, као полазна тачка за њихова разлагања о заложном праву, не губећи при томе из вида материјалну природу овог питања. Dernburg I. стр. 81 и д. в. Wlassak н. н. м. и стр. 92.

2 О природи заложне тужбе и о цељу њеној теорији в. сад нарочито Dernburg II. §. 125.. 136. стр. 286.. 337. Bremer стр. 97 и д. 181 и д. Windscheid §. 227. §. 235. Brinz 2. изд. II. §. 351.

3 Да је било места заложној тужби у том случају, с формалног гледишта, потиче само по себи, по оном што је казано под № 1. Може бити говора само о томе, да ли је и са материјалног гледишта оправдано? То је било ван сваке сумње онда, кад се ствар, која је дата у ручну залогу, налазила у трећој руци, али то ће бити и онда, кад је то захтевало интерес повериоца нпр. због опасности губитка покретних залога: L. 14. pr. D. 20. 1. (који се ван сваке сумње односио на случај праве Serviana *actio*); и у ком смешу? L. 13. §. 3. eod. Sed si... agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam (право сопственика) iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponenda sunt: si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. Huschke н. н. м. стр. 168 и д. в. Rudorff стр. 216 и д. Bachofen стр. 13, 178 и д. 325. Dernburg II. §. 128. Windscheid §. 235. прим. 2. 3.

4 О праву задржавања због учињених трошкова: Dernburg II. §. 139. 140.

5 В. Dernburg II. §. 143. 144. Према томе уступање заложног права (§. 374. not. b.) јемцу може само онда користити, кад се залога налази јон у имању дужникову. — Немају право они писци, који мисле, да је овај бенефицијум услед Nov. 112. cap. 1. одузет држаоцу специјалне залоге. В. Busch у civ. Arch. XXXI. стр. 20 и д.; но против тога опет Dernburg II. стр. 379 и д. Но оно је потчињено оним истим ограничењима, која важе за *beneficium excussionis* јемца (§. 355.): Vangerow §. 389. на kraju. Dernburg II. стр. 384 и д. Да ли је искључено стечајем, који је отворен над имањем оног кога би ваљало тужити? W. Sell у

Linde's Ztschr. III. 13. Chop y civ. Arch. XV. 3. Dernburg II. стр. 385. и д.

6 По том се основу изрично даје следећем заложном повериоцу право упућивања (Verweisung) на специјалну залогу. L. 2. Cod. 8. 13. (14). Но спорно је, да ли се то може сматрати као неко засебно право? или га ваља дати и другим заложним повериоцима, онако као и првом, у сваком случају и само са гледишта, да генерално залагање, кад је у друштву са специјалним, ваља само сматрати као субсидијерно? (not. n.). Puchta § 215. not. k. Vangerow §. 389. прим. 2. Brinz 1. изд. стр. 241. Windscheid §. 235. прим. 24. 25. Dernburg II. §. 142. — У случају not. o. неки је називају exceptio excussionis personalis, али ван сваке сумње неумесно, ма да се оснива на личном beneficium-u excussionis јемца.

§. 379.

β). Interdictum Salvianum.

За исти случај, на који се Serviana actio односила, давао је преторски едикт, ван сваке сумње, пре исте, један interdictum adipiscendae possessionis, тзв. interdictum Salvianum^a, с којим је изнајмилац могао доћи до државине оних ствари, које му је најмилац заложио, те да може своје заложно право према њима вршити и тај је интердикат задржан и кад је поменита тужба уведена, ма да је тада постао излишан.¹ По данашњој пракси тај се интердикат даје свима заложним повериоцима, као привремено правно средство, да се тиме осигура прво државина залога, по извршеном сумарном поступку, не решавајући тиме пуноважно о самом заложном праву.²

Прим. 1. Теорија о овом интердикту низ је спорних тачака. B. Thibaut y civ. Arch. XI. 7. Zimmern тамо XI. 15. Huschke Studien I. 4. стр. 337 и д. Rudorff y Ztschr. f. gesch. R.W. XIII. стр. 209 и д. Bachofen стр. 10 и д. Keller и. н. м. стр. 965 и д. Dernburg I. стр. 57. и д. II. §. 137. стр. 338. и д. — Puchta §. 217. Vangerow §. 390. B. и Brinz 1. изд. стр. 306 и д. 332 и д. 2. изд. II. §. 351. Lenel y Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth.

^a Dig. de Salviano interdicto. 43. 33. Cod. de precario et de Salviano interdicto. 8. 9. в. §. 3. i. f. J. de interd. 4. 15. Gai. IV. §. 147.

№ 9. стр. 180 и д. ed. regret. стр. 393. Wendt y dogm. Jahrb. XXI. стр. 316 и д.

2 Dernburg §. 138. — Нарочитим уговором (тзв. pactum de ingrediendo) може се повериоцу дати овлашћење, да у датом случају „и без права“ т.ј. без тужбе узме залогу у државину, што би иначе била недозвољена самопомоћ Опрошт. царев. деп. (R. D. A.) од 1600 §. 31. в. L. 3. Cod. de pign. 8. 13. (14). Али то није давало права на насиљно заузимање државине, ако би се томе ималац ствари противио. B. Dernburg II. §. 134. 135. стр. 324 и д.

§. 380.

γ). Друга заштитна средства заложног повериоца.

Као што је hypothecaria actio паралелна сопственичкој тужби залагача, тако се исто заложни поверилац може користити и другом којом тужбом, коју ће подићи utiliter, како то захтева смрт заложног права.¹ Тако се нарочито може користити са negatoria и confessoria actio^a, са actio finium regnndorum^b, и actio legis Aquiliae^c. Даље он се може користовати са тужбама због одузимања ствари^d, тражити cautio damni infecti^e, и opus novum nuntiare, па добити и interdictum quod vi aut clam^g. Ако је заложни поверилац одмах или доцније дошао до државине заложне ствари, то он има и државинске тужбе^h, interdicta retinenda и recuperandae possessionis.²

Прим. 1. В. у опште Dernburg II. §. 145.. 148. и Schmid Cession I. стр. 163.. 180. Bremer стр. 180 и д., посебице о односу заложног повериоца према оном, који заложну ствар оптети или поништи: Stölzel y civ. Arch. XXXIX. 2. В. у опште Kohler §. 10.

2 Места која говоре о државини заложног повериоца (L. 1. §. 15. L. 36. 40. pr. D. de poss. 41. 2. L. 16. D. de usurp. 41. 3.

^a L. 16. D. de servitut. 8. 1. §. 109. 191. ^b L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. (§. 321.) ^c L. 17. (pr.) 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. ^d L. 12. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1. L. 15 pr. L. 88. (87.) D. de furt. 47. 2. §. 323. ^e §. 328. прим. 3. ^f §. 330. not. l. ^g L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 34. §. 329. ^h L. 4. §. 9. D. de vi. 43. 16. L. 6. §. 4. D. de precario. 43. 26. cf. L. 14. §. 3. D. de div. iemp. 44. 3. §. 135. not. i. §. 162. 173.

L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 15. §. 2. D. qui satisd. 2. 8. мисле, истина, у првом реду само на *pignus* у ужем смислу и с тога већина писаца даје засебну државинску заштиту у путу интераката само повериоцу који има ручну залогу. Savigny Recht des Besitzes стр. 337. 7. изд. стр. 293. и д. Vangerow I. §. 200. прим. 1. Но, при свем том имаће веће право они, који и хипотекару, кад би доцније дошао до државине, дају интердикте и тиме му дакле признају правну (изведену) државину: arg. L. 5. §. 1 D. de pign. 20. 1. L. 37. D. de poss. 41. 2. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 3. Cod de pign. 8. 13. (14.) cf. L. 2. Cod. de distract. pign. 8. 27. (28.) Особене одредбе важе у погледу *pignus-a praetorium-a* (§. 372. прим. 1. §. 93. not. m.) Sintenis Pfandr. стр. 230 и д. Bruns Recht des Besitzes стр. 5 и д. Windscheid §. 154. прим. 3. Stölzel у civ. Arch. XLV. стр. 273 и д. 364 и д. Dernburg II. стр. 53 и д. Овај последњи посвећује нарочити §. §. 87., „карактеристици државине заложног повериоца“, у коме спори, да је природа исте аномална (изведена или поверена) државина. У том се погледу, а у неколико и у извођењу, слаже са истим Kohler §. 9.

§. 381.

е). Користовање са залогом.

На користовање са залогом заложни поверилац, по правилу, нема права. Он чини *furtum usus*, ако, без дозволе залагача, присвоји себи употребу заложене ствари^a. Ако би имао ствар у државини и она би била намењена стицању природних или правних плодова, то се он мора, у колико њихово уживање није остављено непосредно самом залагачу, старати, као руковалац имања, да од исте добије прикладан приход. Он може и покупљене плодове, као сопственик, употребити или користовати се њима,¹ али мора њихову вредност, као и ону добит у плодовима коју је својом кривицом пропустио, урачунати у интерес своје тражбине, а остатак вратити или од главног дуга одбити^b. Ако је повериоцу предата каква

^a §. 6. J. de obl. ex del. 4. 1. L. 55. (54.) pr. D. de furt. 47. 2. cf. L. 9. §. 2. D. de suppellectie leg. 33. 10. ^b L. 1..3. Cod. de act. pign. 4. 24. L. 1. Cod. de distr. pign. 8. 27. (28.) L. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. 36. 4. cap. t. X. de pign. 2. 21.

ствар која носи плода, то он може, и ако је тражбина била без интереса,² да од израчунатог износа плодова (прихода) одбије за се уобичајен интерес^c. Ако је повериоцу изрично дата антихреза т.ј. употреба или уживање плодова од заложне ствари, у место интереса,^d³ то се то сматра као накнада за интерес, без обзете, да полаже рачун о приходу, у колико не би био у новцу^e, осим ако није што друго уговорено^f, или ако се тиме не би ишло на то, да се обиђе забрана кацишарења^g.

Прим. 1. Bachofen стр. 139 и д., а тако и Kohler стр. 74 и д. 182 и д., сматрају да заложни поверилац стиче сопственост на плодовима као што је стиче *bonae fidei possessor*, arg. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Против тога Keller у krit. Jahrb. XI. стр. 998 и д. Windscheid §. 234. прим. 2. 3. Dernburg II. стр. 71 и д. Göppert organ. Erzengnisse стр. 387 и д. Exner Tradition стр. 19. № 43

² L. 8. cit. (not. c.) Cum debitor gratuita pecunia utatur, protest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. То је место узето из Pauli sent. II. 5., где Huschke у iurisprud. anteist. стр. 358 4. изд. стр. 457. поправља „usurarum“ у место „usuras“ (Krüger-ово изд. coll. lihr. iur. anteist. II. p. 65. lib. 2. tit. 13. §. 1. b.). То уживање плодова означава се често у модерној терминологији као *antichresis tacita*, али то је са више страна оспорено. Да је овде говор о правој антихрези држи Stephan у civ. Arch. XXX. стр. 355 и д. Против тога Vangerow §. 384. на kraju. Windscheid §. 234. прим. 4. Dernburg II. §. 89. Последњи даје то исто право и хипотекару, кад доцније дође до државине ствари; другог је мњења Windscheid и. н. м.

³ B. Seuffert §. 211. Erörtr. II. стр. 104 и д. Vangerow §. 384. прим. 2. — Dernburg II. §. 91. Roedenbeck die Antichresis Halle 1874. Kohler §. 6. „Nutzpfand im röm. R.“, и §. 9. нар. стр. 183 и д. — O L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. Dernburg II. стр. 92. Windscheid §. 234. № 5. B.-Hollweg стр. 37.

^a L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. ^b L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. L. 33. D. de pign. act. 13. 7. ^c L. 14. 17. Cod. de usur. 4. 32. ^d L. 4. §. 3. D. de pignor. 20. 1. ^e L. 26. §. 2..5. (1.) Cod. de usur. 4. 32.

§. 382.

2). Код залагања других предмета.

Ако предмет залагања није ствар као предмет сопствености, онда се, по аналогији, примењују одредбе §§. 375 . . 381, у колико особита природа предмета не би изазивала модификацију истих. Поверилац има, по правилу, ону тужбу као хипотекарну *utilis actio* која одговара заложеном праву и може вршити по аналогији и остала заложно права овлашћења, у колико то дозвољава природа заложног предмета.

То је 1) најпростији потпун случај кад је заложена емфитеза и суперфиција, било оних које већ постоје или које ће се тек установити^a. Поверилац остварује своје право са *utilis actio vectigalis* или *de superficie*; он може то право уступити и другом, у путу продаје; тако исто су овде у потпуном њиховом обиму примењиви §§. 377. 379 . . 381. 2) Сличан је случај, кад је заложен *ususfructus*, на основу чега се може продати или само вршење *ususfructus-a* који већ постоји или право *ususfructus-a*, који се мисли тек установити^b, ако није била намера, да се поверилац измири само из скупљања прихода^c. 3) Тако исто поверилац може уступити у путу продаје и баштинску службеност (предијални сервитут), разуме се само суседном баштинику. 4) и заложена тражбина може се продати и услед исте купац њен постаје цесионарем^d. Но и сам поверилац може, на основу свог заложног права, вршити право тражбине; он може као цесионар, саопштењем извршењог залагања, спречити дужника, да плати залагачу и да се тиме од обвезе ослободи, докле год постоји заложно право на тражбини, па не само то већ и тужити^e.

a L. 13. §. 3. D. de pignor. 20. 1. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7.
b L. 14. §. 2. D. de pignor. 20. 1. c L. 15. pr. eod. d L. 12. eod.
e L. 7. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 15. §. 10 D. de re iud. 42. 1.

дужника *utili actione*,^f те да тиме издејствује плаћање заложене тражбине, ради подмирења његове заложне тражбине, у колико та износи, а ако нешто друго у тога добије, а то не би био новац, онда то што добије може задржати као залогу^g. На послетку 5) пазаложни поверилац има право да врши право пазалагача и да подигне тужбу заложну, као да му је у залогу дата, ради осигурања његове тражбине^h; он може и самом тражбином пазалагача да се користи, у колико би то стојало у вези са вршењем заложног права. Но само као пазаложни поверилац, ако на то иначе нема права, не може иначе поступати са тражбином, као кад би њему самом била заложена.²

Прим. I. В. уз № 1 . . 3. у опште Kohler §. 13.: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbes... der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte“.

1^a) Та је тужба према њеној природи само лична, но у толико се може назвати и хипотекарна, у колико се заснива на залагању тражбине и у колико је у претпоставкама и дејству њену ваља ценити по аналогији *hypothecari-je actio*; њу ваља, према томе, добро разликовати од оне тужбе која је у опште цедирана. Види Dernburg стр. 461 . . 475. Windscheid §. 239. прим. 7 . . 12. Schmid Cession I. стр. 114 . . 140. Vangerow I. §. 368. прим. 1. (7. изд. стр. 812 и д.) Другаче Bremer н. н. м. стр. 98 и д. 184 и д. 211 и д. Он даје у овом случају, као и у осталим овог §-фа, обичну *hypothecari-ju actio*, која је стварна или поглавито претпоставна (прејудицијелна) тужба, којом се долази до признана, спорног заложног права, противан је сасвим употреби *utilis actiones*, које би потицале из права залагача, а само за случај под № 4., даје другу, од заложне тужбе сасвим различну, личну тражбену тужбу, као *utilis actio*, да њом издејствује испуњење тражбине (*ius exigendi*), у место да је прода (*ius distrahendi*). Против тога Windscheid у 2. изд. §. 239. прим. 2. и д. Spiegel diss. cit. pag. 24. sqq. В. горе §. 367. прим 4. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs стр. 133 . . 173. Овај последњи, стр. 164 и д., мисли, да је право продаје повериоца коме је тражбина заложена (Forde-

f L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16. (17.) L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1. g L. 1. Cod. si pign. pignori. 8. 23. (24.) h L. 13. §. 2. D. de pign. 21. 1.

rungspfandgläubigers) основана само на основу нарочитог уступања (тако и Hellwig §. 23.) и у томе има право, што сматра да места наведена у пот. е не доказују правило: L. 15. §. 10. cit., с тога, што се односи само на *pignus in causa iudicati captum*, L. 7. cit., с тога, што друкчије гласи („*visum est, ut*“), као што је то доказао Krüger у krit. Vjschr. XVI. стр. 115 и д. В. у осталом Windscheid 4. изд. §. 239. прим. 9. 10. и царев. грађ. поступак § 729. и д., уз то Mandry Reichsges. стр. 283 и д. 2. изд. 383 и д. 387 и д. — О овом питању ту скоро писао је врло оширино Hellwig (стр. 367. прим. 4.), који узима, да је овде случај „кооптирајуће цесије“, али се опет за то изјаснио против свију досадањих покушаја, да се залагање тражбине сведе на ограничenu цесију, јер номен није изашао из имена залагача. В. тамо §. 18. О *ius u exig.* в. §. 24. и д.

2 У погледу питања, да ли се и у колико код давања у пазалогу уједно залаже и тражбина пазалагача? дао је L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1. (Marcian.) повода разним мњењима, са речима: *Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditoris tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius lib. 7. ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. exacta a creditore se compensaturum); si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.* В. о томе Huschke у Linde's Ztschr. XX. стр. 227 и д. (који предлаже да се чита: *Et verum est... si quidem pecuniam debet is, cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum etc.*) Brinz 1. изд. стр. 323 и д. Dernburg I. стр. 475.. 484. Windscheid §. 239. прим. 13.. 16. Schmid I. стр. 121. и д. 140.. 162. Vangerow I. §. 368. прим. 2. (7. изд. стр. 814. и д.). Bremg стр. 221. и д.). F. Hofmann у dogm. Jahrb. X. стр. 382 и д. Spiegel I. с. pag. 45 sqq. B.-Hollweg стр. 42 и д. Kohler стр. 197 и д. Schwemann у civil. Arch. 67. Bd. стр. 301 и д.

§. 383.

В. Кад има стицаја заложних права.

На једној истој ствари може у исто време неколицини припадати заложно право, и то 1) тако, да је сваком од њих само један део ствари заложен^a, у погледу којег дотични може, како према осталим заложним повериоцима тако и према другим лицима, сва заложно-правна права вршити^b, а у погледу првих тражити поделу ствари, *ca actio communi dividendo*^c. Да такав однос постоји узима се, у сумњи, онда, кад је неколицини заједнички, једним актом, једна иста ствар заложена и тада се удели у залози одређују према износу појединих тражбина^d; 2) тако, да је сваком од неколицине повериоца једна иста ствар, у њеној целини (*in solidum*), заложена, као год што једно исто лице може као дужник неколицини бити обвезано. У том случају сваки од њих може тражити према трећима целу залогу за се и иста, бар евентуелно, одговара као цела сваком за целу његову тражбину^e. Но што се тиче односа између таквих поверилаца, то може а) између њих, поред тога, бити заједница, по којој сви имају права на подмирење из заложног предмета, сразмерно њиховим тражбинама, те по томе се, дакле, и у вршењу заложног права узајамно ограничавају,^f а тај случај може наступити нпр. по погодби^g, или услед деобе заложне тражбине, између више наследника^h. б) но може бити и тако, да више поверилаца, независно један од другог, подједнако заложно право имају,ⁱ тако да међу њима наступа прави сукоб (колизија) права, код које решава првенственост вршења права (Prä-

a L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. sol. 20. 6. b L. 10. in f. D. de pignor. 20. 1. c L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3. d L. 16. §. 8. D. de pignor. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 20. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 10. D. cit. e L. 10. D. cit. f arg. L. 10. 16. §. 8. cit. g arg. L. 1. 2. Cod. si unus ex plur. §. 31. (32.) L. 29. D. fam. erc. 10. 2.

vention³ der Ausübung⁴. Тај случај може наступити услед једновременог, но не заједничког, залагања једне исте ствари неколицини поверилаца и као таква морају важити и она залагања, која су у извесном размаку времена учињена, а којима се не може одредити време у коме се једна за другим следовала⁵. То исто наступа и у случају, кад су једну исту ствар више њих који нису сопственици неколицини заложили⁶. На послетку се више заложних права могу међу собом стојати у извесном односу следовања, може бити између њих извесан рад старешинства, ранга (Rangordnung), тако да једно иде пред другим и то је најобичнији случај. У таквом случају настаје питање: а) са којих основа може једно заложно право бити старије од другог? quis potior или prior est creditor? quis posterior?⁷, β) каква права имају старији, претходећи, а каква млађи, последујући, повериоци?

Прим. 1. О томе в. Dernburg II. стр. 407 и д.; даље за цео овај §. Brinz 2. изд. II. §. 356.

2 Тако и Windscheid §. 240. прим. 5.; против тога Dernburg II. стр. 409 и в. Windscheid 4. изд. н. н. м. прим. 4.

3 О једновременим заложним правима в. а) L. 10. D. 20. 1. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utriusque in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori es- set. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiā partis possessionem (Hal. dim. partem posse- sionis: може бити dimidiae partis possessionem?) appre- hendant singuli. Mommsen y praef. neg. изд. Dig. emend. et add. pag. LXXXV. чита dimidiā partes possessionis, а тако и Huschke zur Pand.-Kritik стр. 15 и д.: dimidiā partis

h L. 10. cit. §. 92. not. e. i arg. L. 16. §. 8. D. de pignor. 20. 1. k L. 14. D. qui pot. 20. 4. l Dig. qui potiores in pignore vel hypotheca ha- beantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt 20. 4. Cod. qui po- tiores in pignore habeantur. 8. 17. (18.)

(= partes) poss. позивајући се на L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. 43. 33. b) L. 16. §. 8. eod. Si duo pariter de hypotheca paciscan- tur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrius in solidum res obligata sit? Quod erit dicene si eodem die pignus utrius datum est séparatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte. — По последњем месту узима се у опште, да су сва залагања једног дана извршена једновремена: Ruchta §. 210. not. I. Windscheid §. 242. прим. 1., по свој прилици с обзиром на правило у L. 8. D. de feriis. 2. 12.; а и Harmenopul. III. 5. §. 36. вели о том случају: αἱ ὁδαι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑπερεζουσαι οὐ ποιοῦσι τινι αὐτῶν προτίμησιν. Али свакојако није паметно, не водити рачуна о старешинству у једном дану, ако би иначе исто било доказано, али за то није доволно, ако је само за једно од заложних права у стијају одређен и сакат, а за друго само дан постанка. Dernburg II. стр. 410 и д.

1) Одређивање старешинства, првенства (Priorität).

§. 384.

а). Према времену постанка заложних права.

Правило је: старије заложно право претходи млађем,¹ без разлике, да ли је ручна залога или хипотека², да ли је генералним или специјалним залагањем постало³. Но то правило ваља тако разумети, да није то битно, које је међу њима најпре постало и као такво непосредно важило, већ то, да ли је постање оног које је раније од другог, било осигурено на начин који је правно везивао залагача.⁴ При томе долази у обзир:

1) Постојање извесног основа постанка заложног права. Заложно право условљено је постојањем фактичких претпоставака, у погледу тражбине и предмета,

a L. 11. pr. L. 12. pr. §. 10. D. h. t. 20. 4. Cod. h. t. 8. 17. (18.)

b L. 2. D. h. t. L. 6.

с којима је по правном пропису везано постојање заложног права;³ судско заложно право везано је за вршење оног акта, који је за то нужан.⁴ Уговорно заложно право може почети само од времена заложног уговора, а заложно право које је основано на последњој вољи, тек од смрти оног који га је установио, као што у опште последња воља постаје да важи тек са смрћу оног чија је (§. 575.). Ако је залагање било под условом, па се услов испуни, то се узима, да је заложно право основано још од времена извршеног залагања, осим ако испуњење услова није зависило од добре воље залагача⁵. Ако је залагање постало важеће тек доцније, услед накнадно датог одобрења, то се време постанка одређује такође од времена одобреног залагања, а не тек од времена датог одобрења, не дирајући тиме у она заложна права која би међу тим уступио онај који има да дâ одобрење⁶.

2) Правно основан облигациони однос, ради кога постоји заложно право. Ту је меродавно време оснивања обvezног облигационог односа, а не време постанка обвеле у датом тренутку, на извесне учинбе, које отуд потичу⁷. Ако је обвела условна, па се исти испуни, то се узима, да она постоји још испочетка, осим ако услов није такав, да зависи од добре воље залагача⁸. Тако исто ваља рачунати да још испочетка постоји заложно право, за будућу тражбину, кад иста доцније постане⁹, осим ако фактички постанак такве тражбине не зависи од воље залагача.¹⁰ То исто мора важити, кад је само поверилац обвезан, да какав посао предузме, из којег би му потекла тражбина;¹¹

3) Постојање извесног предмета, који потпада под заложно право, који је заложноправно обвезан. Ако

³ arg. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. (§. 71. прим. 7.) cf. L. 12. §. 2. D. h. t. d L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. §. 78. e L. 9. pr. D. h. t. 20. 4. L. 1. pr. eod. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. f L. 9. §. 1. 2. L. 11. §. 1. D. h. t. (§. 71. прим. 4. 7.) g L. 9. pr. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1.

је залагање у погледу извесних ствари још условљено каквом добровољном радњом залагача, онда се време постанка заложног права рачуна тек од времена кад је та радња предузета¹². Кад су заложене ствари које ће се тек стећи, онда заложно право постаје тек са фактичким стицањем њиховим¹³, а сва она заложна права која су већ стечена на тој ствари претходе тако стеченом праву као раније стечена.¹⁴ Но међу оним заложним правима, која би један исти залагач на тој истој ствари, пре стицања њеног, разним лицима, на тај исти начин, уступио, може опет доћи у питање, које је међу њима старије по времену постанка.¹⁵

Прим. 1. L. 3. (4.) Cod. h. t. 8. 17. (18.) *Sicut prior es tempore, ita potior (es) iure.* L. 2. in f. ibid. Nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore. — В. у опште Нерп дис. inaug. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris officiat. Lipsiae 1825. (о томе М. С. Мајег у Тюбинг. крит. Ztschr. II. стр. 71 и д.) и Нерп Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, у civ. Arch. X. 12. Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859. (о томе Фитинг у д. крит. Vjschr. I. стр. 71. и д.) Windscheid Pand. §. 242.. 244. (2. и 4. изд.)

2 Тако, у главном, Regelsberger, Fiting и Windscheid и. и. м.; но против тога Sintenis I. §. 74. прим. 1. и д., Dernburg I. стр. 518.

3 О одређивању почетка постојања заложног права у поједином случају, у чему постоји спор в. §. 373. Vangerow §. 375. 376. Seuffert §. 214. Windscheid §. 244.

4 В. §. 372. У погледу pignus-a praetorium-a сматрају се као равноправни сви они повериоци, који имају право на имисију по истом основу, ако и нису једновремено предузели кораке да дођу до исте. L. 5. §. 3. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 2. Cod. h. t. 8. 17. (18.); в. §. 227. Dernburg I. стр. 409 и д.

5 С тим се слаже Brinz 2. изд. II. стр. 860. № 4. Ограничавање које се спомиње у §-у под нот. с. f. g. оспоравају више писаца: Trotsche у Linde's Ztschr. XVIII. стр. 101 и д. Schmidt

h L. 11. §. 2. D. h. t. i L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 21. pr. D. eod. L. 28. D. de iure fisci. 49. 14.

тамо и. р. VIII. стр. 381 и д. Wächter Württemberg. Privatrecht II. стр. 702. 717. Pand. I. стр. 393 и д., а оспорава као начелно погрешног Windscheid у civ. Arch. XXXV. 3. Али он признаје да се за римско право постављено ограничење не може порећи (L. 9. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign.) и само толико мисли, да се може са сигурношћу тврдити, да је залагање ради неке обећане уговорне казне, и по таквом схватању извора, такво, да везује вољу дотичног, дакле степен старешинства заложног права које отуда потиче одређује према времену у коме је предузето. За тим се Windscheid Pand. §. 89. прим. 15. §. 242. прим. 5. сложио са Regelsberger-ом и. н. м. стр. 55. и д. и пристао уз њега и безусловно оспорио оно ограничење у погледу услова, разумевајући, да се L. 9. §. 1. односи само на услов који зависи чисто и једино од воље дужника (в. горе §. 71. прим. 7. и да само код залагања за будућу (безусловну) тражбину, где залагач још никако није ни обвезан, важи правило, да се првенство постанка одређује од постанка тражбине. Противно томе Dernburg I. §. 69.. 71. мисли, да заложно право у опште може да постоји пре тражбине, дакле и за условну и будућу тражбину, и према томе, да се првенство постанка, само по себи, одређује временом залагања, само кад је воља залагача управљена на то, да заложно право одмах постане а не тек у будућем. Види и Fitting Begriff der Rückziehung стр. 40. и д. и у kr. Vjschr. I. стр. 80. и д., но против тога опет Scheurl у krit. Vjschr. II. стр. 497 и д. и Windscheid Pand. §. 225. прим. 6. 7. §. 242. прим. 5.. 8., који се разликује од Dernburg-а само по схватању а не по ресултату.

6 „Јер би била вапијућа неправда, када би дужник, који може повериоца сваког тренутка нагнati, да држи своју реч, са своје стране могao, на штету повериоца заложену ствар отуђити или даље заложити“. Vangerow §. 372. прим. 3. стр. 838. види Скоруп у Heise und Cropp Abh. II. 15. Ослонac за тај став имамо у L. 1. pr. D. h. t. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis: nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. B. §. 1. ibid. Alia causa est eius, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est. Међу тим је

разумевање тог места врло спорно, а с тим и горњи став (Vangerow и. н. м.). Тако га одбацује и пр., с нарочитим позивом на данашњи pactum de mutuo dando (§. 280. not. c.), Puchta Vorles. §. 210. „јер је при том сасвим запостављено пресудно питање, за који је дуг дато заложно право“. Но то је с правом осудио Rendorff у прим. 2., иначе би и у случају L. 1. pr. cit. решење било друкчије, јер су обећање мираза (dos) и обећање реституције мираза опом који га установљава два засебна вербална контракта и постајање обвезе из овог последњег може муж спречити тиме, што и неће да прими мираз, као год што се обвеза из претходне стипулације враћања зајма може спречити неузимањем зајма (L. 30. D. de reb. cred. 12. 1.). И Windscheid у civ. Arch. и. н. м. стр. 69 и д. налази, да то изузеће од ограничења по прим. 5., кад се већ исто припусти, није основано, нити се може узети као доказ L. 1. pr. cit., објашњавајући то место тиме, да се обећање мираза сматра као само давање истог, што никако не може задовољити. А у томе што толико писаца бране ово изузеће он гледа манифестију једног по себи основаног правног осећања, који води томе, да поменуто ограничење ваља одбацити у свима оним случајима, где је воља залагача ма и евентуално везана. Но по резултату слажу се с горним мињем сад и Regelsberger стр. 39 и д. Dernburg I. стр. 531 и д. Windscheid Pand. §. 242. прим. 8. B. Seuffert's Arch. XIII. 113. 132. 238. в. Windscheid 4. изд. и. н. м. — У осталом, данас се на основу pactum-a de mutuo contrahendo може обвешати и будући позајмилац и у том је случају мињење, да је заложно право још испочетка постало, тако исто оправдано, као и код оног заложног права које је установљено за реституцију најмљене ствари, где обвеза на реституцију такође постаје тек услед узимања исте, а коју најмилац није морао узети, кад плати мањак (интересе). У опште, код овог питања ваља имати то на уму, да се по формулама заложне тужбе (§. 378. прим. 1.) не тражи изрично постојање тражбине у време залагања. А кад се, и поред тога, водио рачун о том, то је учињено са унутарњих разлога, с обзиром на смер залагања и то баш с тога, а не просто с тога, што би то било последица, која потиче из самог појма, већ само, у колико би то у практичном погледу било нужно.

7 Овај је став неоспоран; било би сваком ratio iuris противно, кад би заложно право, које је дао садани сопственик, дакле које је одмах и потпуно основано, запостављено било оном заложном праву, које је од неког другог уступљено, само евентуално, па случај будућег стицања и које је, дакле, тек услед тог стицања у опште могло тек постати и услед којег је сопственост могла ући

у имање оног другог залагача, само са заложним правом које је на њој (*manente causa pignoris*); arg. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7.

8 Но мора се рећи, да овај став не спада у оне који су неоспорни. Како услед залагања, које је претходило стицању ствари, заложно право постаје тек услед стицања, које је следовало, то би онда као доследно изгледало, да сва заложна права, која би била дата у времену док исто није наступило са стицањем једновремено постaju и према томе један ранг имају. И тај је закључак, као што изгледа, признат у L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 4. *Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.* И с тим се успело да сложи како тако и L. 21. pr. eod.: *Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaque habiturus esset; postea mutnatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seiae praeserenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur?* Respondit, nihil proponi, cur non sit praeserenda: наглашавајући, да писац тог места (Сцевола) још не претпоставља постојање неког општег законског заложног права државне благајне и да се у то доба залагање целокупног (садањег) имања, није, само по себи, односило и на будуће тековине. L. 9. Cod. quae res pign. 8. 16. (17). Vangerow §. 369. прим. 1. Puchta Vorles. 4. изд. I. Дод. XIX. стр. 498 и д. — Али а) изузеће од горњег става чини се код залагања плодова (*Ergengnisse*) какве ствари, који су заложени као будуће ствари, само ако је њихов залагач у време залагања имао правно основану наду на њихово стицање; arg. L. 11. §. 3. D. h. t. 20. 4. cf. L. 8. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Puchta §. 210. not. f. Sintenis Pfandr. стр. 398 и д. Civilrecht §. 74. прим. 13.; против тога Gesterding Pfdr. 2. изд. стр. 86 и д. Huschke у Linde's Ztschr. XX. стр. 205. 260 и д. б) такво се исто изузеће чини код залагања *res debit-e* (§. 371. not. n.), у ком се случају узима да прво постоји заложно право на тражбини, које се после са стицањем претвара у заложно право на самој ствари Sintenis стр. 86 и д. 138 и д. Civilrecht §. 74. прим. 12. Seuffert

§. 214. прим. 3. Schmid Cession I. стр. 124 и д. в. Puchta Vorl. I. стр. 439 и д. и Дод. XIX.; против тога Vangerow §. 372. прим. 2. в. Huschke стр. 207. с.) у случају конвалесценце залагана туђе ствари (§. 371. прим. 1), дозвољава се, да се између више њих, којима је исто лице заложило исту ствар одређује првенство по времену залагања, arg. L. 9. §. 3. D. h. t. cf. L. 14. eod., Vangerow §. 372. прим. 2. с.; против тога Puchta §. 210. not. i., који ономе који је ранији даје Publiciana *actio* против оног који је доцнији Vorles. §. 210. на крају, Seuffert §. 214. прим. 6. д) има их који горњи став искључују и код законских генералних хипотека, arg. L. 21. pr. cit. L. 28. D. de iure fisci 49. 14.; Huschke н. н. м. стр. 202 и д.; или бар у погледу таквих хипотека за рачун државне благајне, Bachofen стр. 260 и д.; против тога Vangerow §. 369. прим. 1. е) многи писци сасвим одбацују у датом случају изравнивање заложних права која су у стицају и став који је у тексту у опште усвајају, а посебице код општих заложних права узимају као правило, да се ранг одређује према вршењу залагања. Mühlenbruch II. §. 312. прим. 8..12. Wening I. §. 164. §. 128. прим. к. и Fritz Erläutr. уз II. св. стр. 414 и д. и други. То је мњење заступао још гласатор Ацо (Azo), али га гласа није одобрила, но доцније је опет за то дуго времена било усвојено, а у новије га је доба бранио Schmidt у Linde's Ztschr. н. р. VIII 13. Кад тог се мњења истина L. 7. §. 1. D. h. t. само са извесном напетом може разумети, као да говори о једновременом залагању, али, с друге стране, по том се мњењу може без напете објаснити L. 21. pr. eod. Осим тога, то мњење помаже тврђење L. 14. eod., да се залагања која би учинило једно исто лице које није сопственик врстају по њихову времену, а и то, даје у практичном погледу најподесније, док је новија теорија о томе таква, да ствара несносне тешкоће и неправичности са којима ће се „пракса... тешко измирити, ма кад.“ Trotsche у Linde's Ztschr. XVIII. стр. 117. Кад је тако стање ствари, онда би било најпаметније зауставити се на до-садању пракси, онаквој каква је. С тим се слаже и Brinz I. изд. стр. 299..301. 342., и док Vangerow још у 7. изд. н. н. м. вели, да је добар знак што је право мњење, које је дуже времена било потиснуто, почело све више и више освајати и долазити до признања, дотле се у најновије опажа са више стране тежња, да се у том питању пракси да за право. Regelsberger н. н. м. стр. 68 и д. Fitting н. н. м. стр. 87 и д. Dernburg I. стр. 246 и д. Windscheid Pand. §. 242. прим. 10. Seuffert's Arch. XI. 19. Windscheid 4. изд. н. н. м. наводи као доказ „који се не може лако отклонити“ и који потврђује основаност исказаног

L. 7. Cod. h. t. L. 6. §. 9. (2). Cod. de sec. nupt. 5. 9., а за L. 21. pr. и L. 3. §. 1. D. h. t. вели, да пису од пресудног значаја по ово питање; о последњем ставу в. Huschke z. Pandektenkritik стр. 22 и д. — В. сад Brinz 2. изд. II. стр. 861. № 6.

б). Према нарочито датом повлашћењу.

§. 385.

а). Привилегована заложна права.

Има заложних права, која имају првенство пред осталим, без обзира на време њиховог постанка, на основу нарочите одредбе законске. Таква се заложна права називају привилегована заложна права, а она која пису таква, обична, проста заложна права.¹ Таква су привилегована заложна права 1) заложно право државне благајне, фискуса, за заосталу порезу^a, даље за њене тражбине из уговора, али у погледу ових само према оним добрима, која су стечена по уговору^b, 2) заложно право жене за мираз, dos^c, с том близком одредбом да њени наследници имају ту повластицу само онда, ако су то њена деца^d; 3) заложно право због тражбине, која је постала услед давања на одржање, оправку или набавку заложене ствари, у колико је оно што је дато доиста и утрошено у тој намери^e, тзв. *privilegium* на основу *in rem versio*^f.

Ако би се стекли више привилегованих заложних права, онда о првенству међу њима опет решава време њиховог постанка. Но и у том случају државна благајна има право првенства пред свим осталим заложним правима, у погледу ненаплаћене порезе^f, а међу привилегованим правима, на основу тач. 3., одређује се првенство,

a L. 1. Cod. si propt. publ. pensit. 4. 46. b L. 28. D. de iure fisci. 49.
14. cf. L. 3. Cod. de primipilo. 12. 62. (63). c L. 12. §. 4., 7. (1.) Cod. h. t.
8. 17. (18). Nov. 97. cap. 2.. 4. d Nov. 91. praef. cap. 1. e L. 3. §. 1.
L. 5. 6. 7. pr. L. 21. §. 1. D. h. t. 20. 4. L. 7. Cod. eod. 8. 17. (18). Nov. 97. cap. 3. 4.
f not. a.

према уделу који сваки од заложни поверилаца има у погледу одржања и садањег стања заложене ствари^g, те ће по томе, обично, млађи заложни поверилац претходити старијем.³

Повлашћење привилегованих заложних права не може ићи тако далеко, да се тиме штете она заложна права, која би потицала од ранијег сопственика.⁴

Прим. 1. В. Zimmern geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, у њег. и Neustetel's römischartl. Unters. Abh. №. 11. Dernburg II. §. 152... 156. стр. 427. до 461. — О бескорисним спорним питањима у погледу поједињих привилегованих заложних права, која би сваки радо жртвовао, да се отресе првих в. лит. у Vangerow-a §. 386. прим. 1. Windscheid §. 246.

2 Та се повластица оснива на оправданом разлогу: „huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam“ (L. 6. pr. D. h. t.) Она се без омишљања може дати и продавцу, који је себи задржао заложно право на продатој, у погледу куповне цене за коју кредитира купца, а према осталим повериоцима купца. То исто важи, по L. 7. D. и L. 7. Cod. h. t. и за оног, који би позајмио куповну цену. Dernburg II. стр. 431. Заложно право које има ту повлашћење може бити законско (§. 373. прим. 3. a) или уговорно.

3 Puchta §. 211. not. f. Dernburg н. н. м. стр. 432 и д. Windscheid §. 246. прим. 10. Обично се заложном праву због мираза (*Dotalpfandrecht*) даје у опште првенство пред оним које је дато због *in rem versio*. Windscheid §. 246. прим. 8. Dernburg II. стр. 453 и д. Али Nov. 97. cap. 3. доноси само то решење, да привилегија због учињене *in rem versio* нема дејства према старијој хипотеци жене за мираз, са изузетком у cap. 4. ibid. које је данас без практичне вредности, т.ј. да то не вреди за случај куповине милиције. Vangerow §. 386. прим. 2. Puchta §. 211. not. h.

4 Ово ограничење за привилегована заложна права било је пре у пракси опште признато. Онима, који су доводили своја заложна права од ранијег сопственика, давато је право издвајања (*Separationsrecht*) *ex iure hypothecario* према повериоцима доцнијег стечника и такви повериоци називали су се заложне сепаратисте (*Pfandseparatisten*). Но, на жалост, ту је праксу, која одго-

g arg. L. 5. 7. pr. D. h. t. 20. 4.

вара захтевима правичности, помео Thibaut civ. Abh. № 13., уз кога су пристали готово сви теоретичари: в. Spangenberg у civ. Arch. X. 19. За њу се заузео и бранио је Hepp у Linde's Ztschr. IV. 3. (против њега Thibaut у civ. Arch. XIV. 10.) и нарочито Wächter у civ. Arch. XIV. 15., који може бити само у томе иде далеко, што спори повлашћеност и заложном праву за одржање и оправку ствари. В. Brinz I. изд. стр. 345. Sintenis §. 80. прим. 30. Други писци усвајају још и сада противно мњење, само с тим, по себи неминовним изузећем, да заложна повластица због набавке ствари уступа заложним правима, која су постала под ранијим сопствеником. Vangerow §. 385. Keller §. 207. Seuffert §. 215. В. против тога Windscheid §. 246. прим. 11. 12. Dernburg II. §. 156. стр. 457 и д. Seuffert's Arch. VIII. 114. — Посебице, спорно је још и то, да ли оно заложно право које је досадањи сопственик задржао за се има првенство пред оним које је дао стечник? што би било важно и у погледу непривилегованих заложних права. Има их који то споре, јер држе, да је у опште немогуће такво задржавање, по коме би сопственост прешла на новог стечника, оптерећена само са заложним правом; Büchel Erörter. I. 2. стр. 73 и д. Vangerow §. 385. на kraju arg. L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. 27. 9.; али то се чини безовољно разлога и противно природи саме ствари. Lang у civ. Arch. XXVIII. стр. 382 и д. в. Bachofen ausgewählte Lehren стр. 143. но у новије време изјаснили су се опет против тога Dernburg I. стр. 278 и д. Windscheid §. 230. прим. 11. Види горе §. 371. прим. 2.

§. 386.

β). Првенство јавног заложног права.

Оно заложно право, чији постанак сведочи каква јавна исправа или исправа, коју су потписали три уважена и беспрекорна сведока, дакле које је тзв. *pignus publicum* или *quasi publicum*, има, без обзира на какав други основ приоритета, право првенства пред осталим заложним правима, која су утврђена, на какав други, мање веродостојан начин.

Прим. Ово право првенства оснива се на једној конституцији цара Лава, L. 11. Cod. qui pot. 8. 17. (18). Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, interventientibus amicis necne,

transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu oe aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum (earum) manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. §. 1. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nittitur, praeponi (decernimus), etiamsi posterior dies his (dies om. is) contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eidem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Она клица здраве законодавне мисли, која се налази у овом закону, угушена је коровом спорних питања, контроверсија. Спорно је: да ли закон не ограничава само доказ датума заложних права, на основу приватних исправа? Vangerow §. 387. прим. 1. Glück XVIII. стр. 292. или заснива прво првенство право јавних заложних права? као што мисли мњење које влада; даље в) да ли закон даје првенство и непривилегованим јавним правима пред привилегованим приват. залож. правом? Puchta §. 212. или се применује у случају сукоба између обичних, простих или подједнако привилегованих заложних права? Thibaut civ. Abh. стр. 124 и д. Seuffert §. 218.; с) да ли се закон не односи само на сукоб уговорних заложних права међу собом? Puchta Vorles. §. 212. Mühlenbruch §. 306. прим. 3. или посебице само оних, која су писмено установљена? Seuffert §. 218. у почетку, или првенство *pignus publicum*-а наступа и кад има сукоба са другим, нарочито законским заложним правима? Löhr у civ. Arch. VI. 6. XII. 9.; против тога Francke Beitr. №. 5. В. у опште још Keller Pand. §. 206. Sintenis §. 80. прим. 23.. 25. Windscheid §. 245. Dernburg II. §. 151. стр. 417.. 427.

§. 387.

2). Право претходећег заложног повериоца.

Претходећи заложни поверилац може, без икакве сметње, вршити своје заложно право у целом његовом обиму. Он може са успехом подићи заложну тужбу, како према сваком другом, тако и према свима осталим за-

дожним повериоцима, који долазе за њим, а њихову заложну тужбу искључити приговором бољег заложног права^a. Он може, са потпуним успехом, предузети или изазвати продају залоге^b, како његов интерес захтева, без обзира на остале заложне повериоце, који иду за њим и тиме изазвати престанак осталих заложних права на ствари^c. То право првенства (приоритета) прелази, са преносом заложног права (§. 374.), и на оног који ступа на место првог заложног повериоца.

Прим. Ако је заложни поверилац према другом, у путу пуноважне пресуде, извојевао приоритет, то се тим не мења његов однос према трећем заложном повериоцу. L. 16. D. qui pot. 20. 4. Claudio Felix eundem fundum tribus obligaverat. Eutychiana pri-
mum, deinde Turboni, tertio loco alii creditor. Quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat; quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare de beret, qui primam creditricem (Hal. primam conditione expulerat). an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra: si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium (Vulg. a tertio, може бити *adversus tertium*, Huschke, z. Pandekt.-Kritik стр. 27. ставља *contra* пред *tertium*) obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae *adversus primam creditricem?* Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata aliij prodesse aut nocere solet, sed sine praejudicio prioris sententiae totum ius alii creditor i integrum relinquitur. Има писаца, који, без довољно основа, мисле, да се то место односи на случај, кад је трећи као тужени добио пресуду у своју корист, но која му с тога што га само ослобађа

a L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4.

b L. 8. Cod. qui pot. 8. 17. (18). L. 1. Cod. cred. evict. 8. 45. (46). L. 3. Cod. si antiquior. 8. 19. (20).

c L. 1. Cod. eod. 8. 19. (20).

не даје права, да од првог узме ствар; ако је олет победио као тужилац онда, веле, он мора заузети место првог. Vangerow §. 377. прим. 2. Али и у првом случају, кад је трећи као тужени одржао свој приоритет, постојала би о истом *res iudicata*, према томе би могао и у том случају ствар одузети од првог, јер би његов приговор првенства могао отклонити са *replicatio rei iudicatae*; arg. L. 19. D. de except. rei iud. 44. 2. Нема право Pfeiffer у civ. Arch. XXXVIII. стр. 350 и д. што тврди, да трећи није у стању да добије од првог државину, ни онда кад је изашао као победилац. — Како ће се расправити „*circulus inextricabilis*“ који отуда потиче, о томе постоје врло разна мњења. Bachofen стр. 517 и д. Brinz 1. изд. стр. 347 и д. Windscheid §. 247. Dernburg II. стр. 462 и д. В. и Schletter's Jahrb. V. стр. 19. № 13. Voss der unlösliche Kreislauf in L. 16. D. qui pot. 20. 4. и die act. ut. comm. div. y d. dogm. Jahrb. XVI. 4.

§. 388.

3). Право следећег повериоца.

Следећи повериоц има право које није условљено (претходећим залож. правом) већ које одмах са његовим постанком постоји,¹ и које он може према трећим лицима у свако доба остварити^a. Но према претходећем заложном повериоцу то је његово право на ствар без дејства^b, оно долази до своје потпуне важности тек онда, кад се први поверилац измири^c. Следујући повериоц не може подизати са успехом заложну тужбу против претходећег, али овај може исту подићи против њега^d. За то време он нема ни то право,^e да ствар прода^f; претходећи заложни поверилац могао би са заложном тужбом одузети купцу ствар,^g и он би му за то могао одговарати. Шта више могло би се и то десити, да га заложни поверилац који има боље право тужи због продаје, према приликама, као крадљивца или као оног^h, qui dolo malo possidere desiitⁱ.

a L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. 20. 4.

b L. 12. §. 7. eod.

c L. 1.

Cod. qui pot. 8. 17. (18). L. 9. §. 3. D. eod. 20. 4.

d L. 12. pr. cit.

e L. 8.

Cod. qui pot. 8. 17. (18).

f L. 1. D. de distract. pign. 20. 5. cf. L. 34. §. 2.

L. 35. D. de eviction. 21. 2.

g L. 1. Cod. cred. evict. 8. 45. (46).

D. cit. cf. L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 4.

h L. 1.

Но он 1) има права да тражи, да му се изда она сума, која би претекла од куповне цене (*hyperogosha*), кад се исплати заложна тражбина претходног повериоца, који је дао повода продаји ствари¹. Даље, он има права 2) да не само као туженик, као и сваки други држалац залоге, заложну тужбу претходећег повериоца субзије понудом исплате², већ да и иначе претходећег заложног повериоца потпуном исплатом његове заложне тражбине³, односно депоновањем исплате⁴, измири, без обзира на такве тражбине, због којих би исти имао само право ретенције⁵, и на основу тога, ступи у његову тражбину и заложно право, као да је случај цесије, *in locum eius succedere*⁶, па за тим продају сам изврши или одложи⁷, како буде корисније за њега. То је тзв. *ius offerendi* следећег повериоца.⁸ Трећи, четврти ит.д. повериоц може то право вршити према свима претходним повериоцима и тиме своје првобитно заложно право сачувати од сукоба са претходним заложним правима⁹. Том праву има места и према заложном повериоцу или јемцу, коме је за заложни дуг уступљена залога у виду продаје или у место исплате¹⁰, но не и према оном, који дошао до ствари на основу пуноважне продаје, коју је изазвао претходни заложни повериоц¹¹; 3) онај заложни повериоц, коме је извесна ствар нарочито, специјално заложена, може према оном претходном повериоцу, који подиже заложну тужбу на основу опште, генералног замагања, употребити¹², тзв. *exceptio excussionis realis*.¹³

Прим. 1. Против мњења, које је исказао Gesterding Pfandr. стр. 107 и д. 244 и д., а које је изазвао поглавито L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. v. Bachofen стр. 485 и д. Windscheid §. 241. прим. 3. — Ако би се баш узело, да је у раније време превлачи-

i L. 12. §. 5. in f. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. k §. 378. not. k. l. cf. L. 11. §. 4. D. qui pot. 1 L. 20. D. eod. L. 5. Cod. eod. m L. 1. Cod. eod. n L. 1. §. 3. (L. 1. in f.) Cod. etiam ob chirograph. s. 26. (27). (§. 377.) o L. 12. §. 6. 9. L. 16. D. h. t. 20. 4. L. 22. Cod. de pign. 8. 13. (14). L. 4. Cod. de his qui in prior. 8. 18. (19). p L. 5. pr. D. de distr. pign. 20. 5. L. 8. Cod. eod. s. 27. (28).

вало мњење, да је право следећег заложног права само условно, опет је за то то мњење у време доцнијих класичних правника потиснуто. Dernburg II. §. 159. 6. Vangerow I. §. 388.

2 Засебне одредбе важе за случај кад је *iudicati causa* узета за залогу ствар, која је већ заложена. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. — Да и следећи заложни повериоц, по правилу, има право продаје тврди Bopp у Linde's Ztschr. III. 12., у civ. Arch. XV. стр. 350 и д. (против тога Löhr у civ. Arch. XIV. 7. Sintenis Pfandr. стр. 653 и д.; то исто тврде на други начин Bachofen стр. 487 и д. (против тога Keller у crit. Jahrb. XI. стр. 1010.) Windscheid §. 241. прим. 5. Vangerow §. 388.; против тога опет са свим одлучно Dernburg II. §. 160.

3 О том *ius offerendi* у опште в. Dernburg II. §. 165. 166. Schmid Cession I. стр. 305 и д. Voss z. L. vom *ius offerendi* у dogm. Jahrb. XV. 8. Wollms у Bödicker's Mag. f. d. deutsche R. d. Gegenw. I. стр. 315 и д. (»Ueb. d. heut. Geltung des ius off. unter d. Pfandgläubigern«) — Спорно је, да ли и претходни поверилац има *ius offerendi* према следећем? arg. Pauli sentt. II. 13. §. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. Против тога је са Zimmern-ом у Linde's Ztschr. I. стр. 53. 54., Bachofen стр. 505 и д. и др., у новије доба Windscheid §. 233. в. прим. 14.; за то је опет врло одлучно Schmid н. н. м. стр. 311 и д. Vangerow §. 377. прим. 1. Aug. Thon d. ius des besseren Pfandgläubigers (Heidelbg. 1863.) и Rechtsnorm (1878) стр. 339. Brinz 2. изд. II. стр. 864. № 26., а са мање одлучности Dernburg II. стр. 529 и даље Windscheid у доцнијим издањима н. н. м.

4 В. горе §. 378. прим. 6. — Но никако се не може узети, да следећи заложни поверилац има и то право, да претходног повериоца упути на друге ствари, које су му такође заложене, али се и овом другом не дозвољава очевидно кињење (шиканирање) оног првог. Други је однос у случају стечишића. О томе в. Guyet у civ. Arch. XVIII. 14. de Fontenay тамо XXXVII. 6. Simon тамо XLI. 12. Brackenhoeft тамо XLIII. II. Vangerow §. 389. прим. 2. Windscheid §. 241. прим. 1. Dernburg II. стр 486 и д. Linden у civ. Arch. LIII. 1. Fontenay тамо № 12.

IV. ПРЕСТАНАК ЗАЛОЖНОГ ПРАВА^a.

A. Са основа опште природе.

§. 389.

Заложно право мора 1) као стварно право престати са оних основа, који у опште повлаче за собом престанак стварних права^b, дакле нарочито онда, кад пропадне заложна ствар;^c 2) као право на туђој ствари мора престати кад наступи конфузија (стапање) т.ј. кад се заложно право и сопственост над заложеном ствари стеку у једном лицу^d. Према самој природи ствари, разуме се само по себи, да једна ствар, која припада самом повериоцу не може истом послужити и у погледу заложног права. Но у колико би заложно право, према осталим заложним повериоцима који долазе за њим таквом повериоцу давало користи, које му сопственост не даје, у толико је сасвим на свом месту, да му стечено заложно право остане очувано и после стицања сопствености^e. На тај ће се начин избећи неправедна последица, да он неизмирен у погледу своје тражбине, услед стицања сопствености, изгуби оно прече право које је имао према осталим заложним повериоцима, а услед тога опет да изгуби и сопственост коју је стекао.^f

Прим. 1. О трајању заложног права на ствари која је делимично упропашћена в. L. 21. D. de pign. act. 13. 7. L. 29. §. 2. L. 35. D. de pign. 20. 1.; о заложном праву на непокретној ствари која је само изменењена: L. 16. §. 2. D. de pign. 20. 1. M. Scherer. Односи ли се заложно право и на осигурану суму? у dogm. Jahr. XX. 2. стр. 80 и д. Писац је против тога у колико је говор *de lege*

^a Dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6. b §. 127.
^b 128. cf. α) L. 8. pr. D. h. t. L. 18. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. Cod. si pign. pignori 8. 23. (24). β) L. 3. D. h. t. c L. 20. §. 3. L. 29. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. cf. L. 33. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 45. D. de R. J. cf. §. 194. not. c. d L. 20. §. 1. D. 44. 2. cf. L. 1. Cod. si antiquior. §. 19. (20). §. 374. not. e h.

lata (јер дужник није био дужан да се обвеже) а за то у колико је говор *de lege ferenda*. — Како је у случају спецификације? L. 18. §. 3. D. 13. 7. Fitting u civ. Arch. XLVIII. стр. 331. Bremer Pfandrecht стр. 165 и д. Dernburg II. стр. 560 и д. Windscheid §. 248. прим. 10. — Престаје ли заложно право кад престане заложено право на туђој ствари? L. 8 pr. D. 20. 6. Bremer стр. 152 и д. 167 и д. 185 и д. Windscheid и. и. м. прим. 11. — Шта ће бити у случају кад престане каква тражбина, која је предмет залоге? Bremer стр. 155 и д. 168. Windscheid прим. 12.

2 У случају под not. d. правичност захтева 1) да се сопственику дà приговор према hypothecariји *actio* заложног повериоца који следује, а који се оснива на бољем заложном праву оног који га употребљава, на основу L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4; 2) да такав сопственик има и тужбу која има своје потпуно дејство, против таквих заложних поверилаца, који би били у државини. За то би се могла употребити *rei vindicatio* и *doli replicatio*, у случају, ако би се противник послужио приговором да он има заложно право. Но формула hypothecariје *actio* била је таква, да се, дословно узев, и она могла употребити у том смеру, те отуда долази, да је речено, да се и она може употребити у том смеру, ма да је заложно право престало услед конфузије. То вели L. 30. §. 1. D. de except. rei iud. 44. 2. (Paul lib. 14. quaest.) Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditarium Maevio heredi a Titio facta est. In qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multis annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor in suum persecutus est et obtinuit; post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apperuit, cum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio suis obligatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, quem de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exequi posset? Respondi: Si de proprietate fundi litigatur (litigatum) et secundum actorem pronuntiatum fuisset (Flor. fuisse), diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstataram rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, quum actor petitionem implet. Quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ex

exceptio; nihil enim in suo (illo?) iudicio de iure eius statutum videtur. Quum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, et de iure possessoris non est quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri; et probabilis dicitur, non obstat exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito? neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse. Quae puto, non obstat rei iudicatae exceptionem. Cf. Basil. L. 1. 2. cap. 27. (ed. Heimb. V. pag. 91. sq. ἐπὶ δὲ τοῦ προξεμένου θέματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἣ μεν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐγέχον εδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήθη — Поглавито за то место везује се спорно питање: у колико неко може имати заложно право на својој ствари? В. литературу код Sintenis-a Pfandrecht §. 17. Bachofen стр. 84 и д. и уз то Keller у krit. Jahrb. XI. стр. 989.. 996. Многи мисле, да том делимичном трајању бољег заложног права има места само онда, кад је заложни поверилац стекао сопственост, незнајући за своје заложно право или за заложно право заложног повериоца, који долази за њим. и.пр. Francke civ. Abh. № 2. Sintenis стр. 108 и д. Vangerow §. 392. стр. 900. Puchta Vorles. §. 202. на kraju. На то ваља приметити, да L. 6. pr. D. h. t., који Francke наводи у прилог свог мињења, и не спада овде, (§ 390. прим. 1.). У L. 30. §. 1. cit. истиче се незнаје о постојању заложног права „tunc quum de eodem fundo agetur,“ само у томи, што је из тога излазило, да de eo iure quaesitum non erat. А у L. 1. Cod. 8. 19. (20). задржава се заштита приоритета према hypothecari-ji actio повериоца који следује, и за повериоца који је купио заложну ствар, не помињући ништа о том ограничењу (§. 392. прим.). Припуштање постојања, „монстрозног појма заложног права на сопственој ствари.“ (Puchta §. 202. not. 1.) заслужује много мање прекора но оно невођење пачуна или самовољно ограничавање једног правног става, који је у практичном погледу сасвим на свом месту, који истинском праву потпуно одговара, и по томе који је у ствари и доследан, и то за љубав неке штуре тежње за логичном доследношћу. В. и Rudorff уз Пухту §. 202. на kraju. Brinz 1. изд. стр. 303. Windscheid §. 248. прим. 26. 27. Dernburg II. стр. 570 и д. G. Buchka die Hypothek des Eigenthümers nach den neusten deutschen Gesetzg. und in ihrem Verhältniss zum

R.R. 1875. (о томе Muther у Jen. Litztg. 1875. № 47. и Regelsberger у krit. Vjschr. XVIII. стр. 204 и д. R. Goldschmidt Systematik des Pfandr и der Hypothek des Eigenthümers 1877. Hartmann Rechte an eigener Sache у dogm. Jahrb. XVII. стр. 72 и д. 100 и д. Bekker у Ztschr. f. vergleich. R. W. II. 2. нарочито стр. 37 и д. 48 и д. Roth у civ. Arch. LXII. 2. стр. 113 и д. Kuhlmann d. Hypothek d. Eigenthümers 1881. (о томе Schierlinger у krit. Vjschr. XXIII. стр. 485 и д. Krasnopolski у Wiener Ztschr. X. стр. 409 и д. Planta Beitrag z. Kenntniss d. deutsch-schweizer. Hypothekarrechte mit bes. Berücks. d. Rechtsinst. der sog. Hypothek an eigener Sache. 1883. В. и Kohler Ges. Abh. I. № 9. Steinlechner krit. Vjschft. XXVI. стр. 406 и д.

§. 390.

Заложно право може престати и са других основа престанка, са којих престају, остала права, али за неке од тих основа постоје особите одредбе. Ту долазе 1) одустанак, remissio pignoris^a, који може бити и прећутно исказан нпр. враћањем залоге или заложнице^b, или давањем пристанка на отуђење залоге^c, без икакве ограде,^d а према приликама и простим ћутањем при продаји исте^e, или пристајањем на залагање залоге неком другом, у колико се тиме не би ишло само на то, да се новом заложном праву дâ само првенственост, приоритет^f; 2) истицање рока^f, до кога је установљено заложно право; 3) застарелост по овим одредбама: а) које стекао, добио у сопственост заложену ствар или је стекао на начин, који је довољан за редовни одржај, а не као наследник залагача, и у погледу заложног права, које је постојало на истој, био у доброј вери, тај се ослобађа од заложног права^g, ако је имао ствар у државини 10 или 20 година, према томе, да ли је становова са заложним повериоцем у једној провинцији

a L. 8. §. 1..18. D. h. t. 20. 6. Cod. de remissione pignoris 8. 25. (26.)
 b L. 7. Cod. h. t. 8. 25. (26.) c L. 4. §. 1. L. 8. §. 6..18. D. h. t. L. 158.
 D. de R. J. L. 2. 11. Cod. 1. e. d L. 1. 6. 8. Cod. eod. e L. 9. §. 1.
 L. 12. pr. D. h. t. L. 12. §. 4. D. qui pot. 20. 4. f L. 6. pr. D. h. t. g L. 12.
 Cod. de praescript. l. t. 7. 33.

или не^h. Такав је сопственик не само приговором застарелости заштићен према заложној тужби, већ има право виндицирања ствари, ако би заложни поверилац доцније дошао до државине над заложеном ствари; b) такве исте последице повлачи за собом и државина од 30 или 40 година, која би могла за собом повући ванредан одржајⁱ, под истом претпоставком да држалац није знао да постоји заложно право;^j c) осим тога заложна тужба према самом заложном дужнику и његовим наследницима застарева за 40 година. Према заложним повериоцима који следују, као и обратно *ius offerendi* ових према првим, застарева такође, за живота дужникова, за 40 година, а од смрти дужникове, ако се дотични одрече урачунивања времена застарелости које је већ протекло, за 30 година. Према осталим држаоцима застарева такође за 30 година^k. Но ваља приметити то, да је данашња важност тих одредаба у многоме изменјена под утицајем канонског права (§. 109.).

Прим. 1. Један случај те врсте имамо у L-y 9. pr. D. h. t. 20. 6. *Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an venditione, interposita ius pignoris extinctum sit, ac per hoc ius solum emtionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, dominium ad eos, de quibus queritur, emtionis iure pertinere; quum consensum mutuo venditioni dedisse proponatur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere.* Основ са кога овде престају оба заложна права није у конфузији њиховој (§. 389.), ма да и она настаје *pro parte*, већ у дозволи отуђења, која је обострано исказана у заједничкој куповини. Ако би на истој ствари имао лошије заложно право још и неко трећи, то наведено место не би спречавало могућност употребе *pignora-*

^h Cod. si adversus creditorem (praescriptio opponatur). 7. 36. L. 5. §. 1. L. 12. D. de div. temp. 44. 3. L. 7. §. 1. (L. 7. L. 14. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 19. Cod. de evict. 8. 44. (45). L. 8. pr. Cod. de praescript. f. 30. vel 40 ann. 7. 39. cf. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 1. §. 2. D. de pignor. 20. 1. L. 7. Cod. de pign. 8. 13. (14). §. 157. прим. 6. i L. 8. §. 1. Cod. 7. 39. k L. 7. pr... §. 3. Cod. l. c. cf. L. 3. pr. eod.

titi-ae in rem actio против исте (куповине), према §. 389. прим. 2., јер само *invicem pignoratitiam actionem non habent*.

2 B. Schmittbennner über die Ersitzung der Pfandsfreiheit prakt. Arch. I. 6. Св. 1. стр. 92 и д. Ваља одбацити мњење, да стицање сопствености у путу одржаја (*Eigethumsersitzung*), бар код непокретних ствари, само по себи за собом повлачи престанак заложног права (нпр. *Mühlenbruch* §. 257. прим. 10. §. 264. прим. 2.. као и мњење, да дугогодишња државина повлачи за собом само застарелост заложне тужбе (нпр. *Seuffert* §. 221.). Стицање права ослободити се заложног права у путу застарелости има своје засебне претпоставке и може наступити без стицања сопствености тим путем, као год што и ово може наступити без оног. Сумњиво је само, да ли може наступити у корист поштеног стечника који још није постао сопствеником, пре но што би наступило и стицање сопствености. Schmittbennner вели, стр. 107., да то не може бити, али по свој прилици неће имати у томе право. Шта више изгледа, да се и таквом стечнику мора признати не само приговор застарелости, који може употребити према заложној тужби, већ да му се мора признати и право на пуноважну *Publiciana actio*, коју може употребити према заложном повериоцу који је доцније дошао до државине ствари која је у питању (arg. L. 8. pr. §. 1. Cod. 7. 39). В. сад и *Seuffert* 4. изд. §. 221. прим. 3. *Windscheid* §. 248. прим. 14.. 23. Против стицања права ослободити се од заложног права у путу застарелости изјаснили су се Schmid Cession I. стр. 105 и д. прим. 95. *Dernburg* II. стр. 596 и д. *Wächter Superficiar oder Platzrecht* стр. 112 и д. Али ако се призна, да по навршеној застарелости ранији држалац има пуноважну *in rem actio* према заложном повериоцу, који држи ствар и да са *praescriptio temporis*, поништи његову *hypothecaria exceptio*, то онда наступа битна разлика између тог случаја и случаја обичног застаревања заложне тужбе. У последњем случају, према одредби L-a 8. §. 1. cit., не дозвољава се употреба горе поменуте репликације.

3 Не изазивају никакву сумњу у њихову данашњу применивост, ако би трајно постојала добра вера, одредбе a) b) и c), у погледу застарелости између заложних поверилаца. У погледу застарелости заложне тужбе према залагачу и његовим наследницима, има писаца који тврде, да су те одредбе данас неприменивие. Али баш кад би се захтев о постојању добре вере (*bona fides*) рас простро на све тужбе или бар све стварне тужбе (§. 109. прим. b.. d.) зар се не може десити то, да наследник залагача или баш он сам стече или понова стече државину над ствари која је под залогом, у доброј вери, да је заложне право престало и у тој

вери да је држи кроз пуних 40 година? — У осталом по L.-у 7. §. 1. Cod. 7. 39. остављено је отворено поље сумњи, да ли се његова одредба односи само на дужника, који је у исто време и залагач? или и на дужника који то није? или и на залагача који није дужник? Обично се кад је говор о заложно правним односима под изразом „debitor“ разуме у исто доба и залагач.

В. Са особитих заложно-правних основа

§. 391.

1). Измирење заложне тражбине.

Према својој природи заложно право мора престати, кад је смер ради кога и постоји отпао т.ј. кад је тражбина, ради чије је сигурности дата, у целом њеном обиму^a, потпуно престала^b, па и онда, кад је то дејство настутило само *per exceptionem*^c. Али ако би, и поред тога, што је тражбена тужба *ipso iure* или *per exceptionem* поништена, остало још какво право потраживања за повериоца, онда и заложно право остаје, док се не би измирило то потраживање^d.

Прим. L. 2. Cod. de luitione pignoris. 8. 30. (31). Intelligere debes vincula pignoris durare, personali actione submota. L. 14. §. 1. D. 20. 1. Ex quibus causis (Flor. casibus) naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constituit. Један особити случај те врсте имамо у L. 61. (59). pr. D. 36. 1. (Paul. lib. 4. quaest.). Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suaे (id est, testatoris); cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adiit et restituit; cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permissi sibi iure dominii possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive

a L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. deb. vend. pign. 8. 28. (29). L. 1. Cod. de luitione pignoris 8. 30. (31). cf. §. 369. b L. 6. pr. D. h. t. 20. 6. L. 11. §. 1. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. Cod. h. t. 8. 30. (31). L. 43. D. de solut. 46. 3. cf. §. 357. прим. 3. c L. 5. pr. L. 13. D. h. t. 20. 6. cf. L. 5. §. 3. eod. d L. 2. Cod. h. t. 8. 30. (31). L. 14. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 61. (59). pr. D. ad Sc. Trebell. per. 36. 1. L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. (cf. §. 357. прим. 1.) L. 13. §. 4. L. 27. D. de pignor. 20. 1. (cf. L. 29. D. de novat. 46. 2).

possidet creditor artoc idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicomissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. В. о томе Francke Abh. стр. 86 и д. Büchel Erörter. I. 1. стр. 49 и д. 2. стр. 89 и д. Римски правници аргументирају, резонују, на основу речи у формулама заложне тужбе: *extra quam si ea pecunia soluta eove nomine satisfactum est, sive per A. A. stat, quominus solvatur (satisfactum fiat)* (в. §. 378. прим. 1.) и под изразом *satisfactum esse* подводе најразличније основе престанка тражбине и заложног права (not. b . . d.) И према томе, где би се десило, да постоји још какво правно потраживање повериоца, узимају, без омишљања, да има места употреби *huro-thechari-je actio*, и ако није било више места тражбеној тужби, или јој је било места, као у случају L-a 61 (59) cit., само у путу *restitutio*, са разлога *quia neque solutum neque satisfactum es t.* То је био формални пут којим се давала важност једном правном ставу који је са материјалног гледишта ваљало признати. И с тога је погрешно, отуда изводити начело, да заложна тужба траје у сваком у оном случају „где би престанак тражбине наступио, а поверилац остао ненамирен, услед какве околности која не зависи од воље повериочеве, дакле услед какве правне нужности“ Büchel Erörter. I. стр. 50. Кад би тако било онда би се морало тврдити, да постоји заложно право и у случајима §. 274. 277. not. a . . e. в. §. 357. прим. 3. на kraju. В. у осталом још Schwanert Natural-obl. стр. 395 и д. Windscheid § 225. № 2. §. 249. прим. 2 . . 8. Schmid Cession I. стр. 111 и д. Dernburg II. §. 172. 173. Schott у dogm. Jahrb. XV. стр. 32 и д. другче опет Voss стр. 337 и д.

§. 392.

2). Продажа залоге.

Заложно право, на послетку, престаје, кад је залога испунила свој задатак. Продајом залоге,¹ која је закључена и извршена по прописима права, престаје, према

новом стечнику^a, не само заложно право заложног повериоца који је извршио продају, већ и свију осталих заложних поверилаца, који му следују^b. Међу тим продаја, коју би сам сопственик извршио, нема тог дејства^c, па ни онда, кад би сопственик заложену ствар продао првом заложном повериоцу.²

Прим. 1. B. Platner у civ. Arch. XXXII. 4. Windscheid §. 249. № 2. Schmid Cession I. стр. 232 и д. Dernburg II. §. 115. L. 1. Cod. 8. 19. (20). Si vendidit is (vendisset), qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest (posset). (§. 1.) Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset (vendisset). Sed ita persecutens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. О царевинском праву в. Mandgu 2. изд. стр. 391 и д.

2 На основу особитог правног наређења продаја залоге повлачи за собом престанак заложног права, и ако је продају извршио неко други а не први заложни поверилац: а) по §. 127. прим. 3., кад државна благајна или владалац продаду какву ствар, као да на тој нема залоге; б) по L-у 22. §. 6 . . 8. Cod. de iure delib. 6. 30., кад наследник, који се примио наслеђа са beneficium-ом inventarii, прода ствари из наслеђа, ради измирења поверилаца наслеђа и лица која имају да приме какво завештање из истог. У овом се случају могу оштећени заложни повериоци држати поверилаца и легатара, који би том продајом били измирени (в. доле §. 523.) и с) по одредби, која није римског порекла, и која се налази у чл. 306. немач. трг. зак., у случајима који су тамо наведени.

a L. 6. Cod. qui pot. 8. 17. (18). L. 1. Cod. si antiquior 8. 20. L. 6. 7. §. 1. (L. 7). Cod. de O. et A. 4. 10. cf. §. 387. 388. b L. 10. Cod. de remiss. pign. 8. 25. (26). c L. 1. Cod. cit.